

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LES

ENQUÊTES A FUTUR

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le samedi 15 juin 1907, à 10 heures

PAR

G. GERMER-DURAND

Président : M. AMBROISE COLIN, professeur.

*Suffragants : { MM. TISSIER, professeur.
WAHL, chargé de cours.*

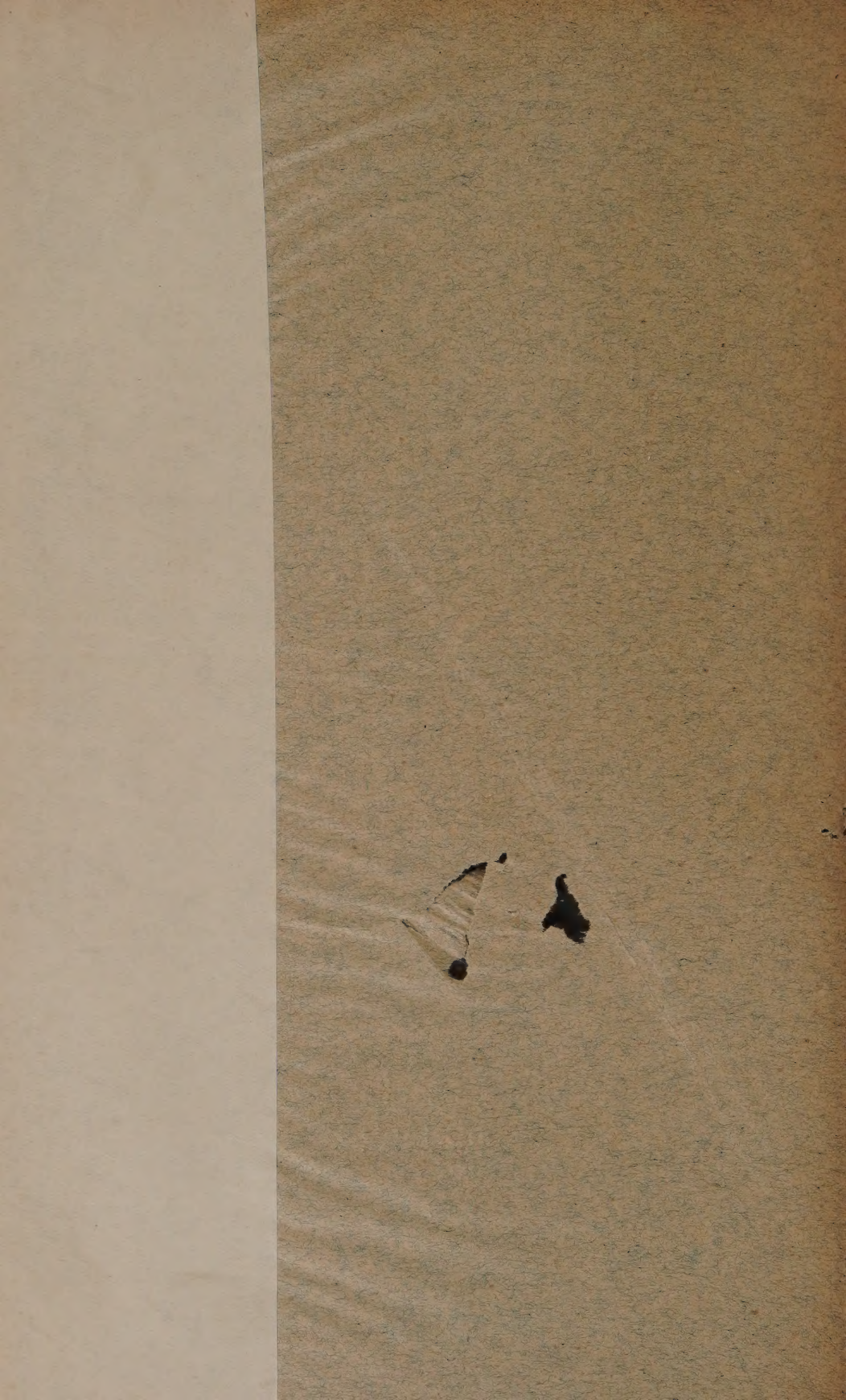
PARIS

LIBRAIRIE DES FACULTÉS

A. MICHALON

26 Rue Monsieur-le-Prince, 26

1907



THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LES

ENQUÊTES A FUTUR

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le samedi 15 juin 1907, à 10 heures

PAR

G. GERMER-DURAND

Président : M. AMBROISE COLIN, professeur.

Suffragants : { *MM. TISSIER, professeur.*
WAHL, chargé de cours.



PARIS

IMPRIMERIE DES FACULTÉS

A. MICHALON

26, rue Monsieur-le-Prince, 26

—
1907

I. — INTRODUCTION

Suivant le double adage : « Actori incumbit probatio » « Excipiendo reus fit actor », tout plaideur qui exerce une action ou oppose une exception en justice est tenu de prouver les faits sur lesquels se fonde son action ou son exception. S'il ne peut le faire, il succombe, son droit est méconnu, c'est en pratique comme s'il n'existait pas. Il est par conséquent essentiel pour une personne de pouvoir à l'appui de ses prétentions fournir une preuve.

Celle-ci, envisagée au point de vue des moyens employés pour convaincre le juge est directe ou indirecte. Indirecte, quand elle tend à établir le fait contesté à l'aide d'une présomption de fait, raisonnablement concluant de l'existence de faits connus appelés indices à celle de faits inconnus (art. 1349 C. civ.). C'est là un élément de conviction dont la force dépendra tout entière de l'appréciation du juge et dont le législateur a proscrit l'abus (art. 1353 C. civ.); une partie aurait tort de compter sur son effica-

cité. La preuve directe au contraire tend à établir un fait à l'aide des moyens de conviction empruntés directement à l'expérience. Cette expérience peut être exclusivement actuelle, résulter d'une visite des lieux ou de l'examen d'un objet par le tribunal ou par expert au cours du litige. Elle peut avoir aussi son origine dans le passé et par là nous entendons : soit la constatation de l'aveu ou du consentement de personnes parties à un acte au moyen d'un écrit qui, s'il est authentique, contiendra en outre le témoignage de l'officier public, soit la connaissance personnelle que des assistants ont pu acquérir d'un événement, d'une situation quelconque. Ces constatations antérieures seront invoquées en justice par l'intéressé pour faire triompher ses prétentions.

Entre le moment de leur naissance et celui de leur production en justice, ces moyens de preuve sont sujets à dépérissement : ceux qui résident en un écrit ne courent que des dangers limités. L'acte authentique aura été rédigé par un officier public, l'obligation que la loi impose à celui-ci d'en conserver intacte la minute a une garantie dans le caractère de sa personne et les sanctions de sa responsabilité. L'acte sous seings privés restera entre les mains du ou des intéressés qui le garderont précieusement. Si malgré la protection qui résulte de sa nature même, ce titre écrit vient à disparaître par l'effet d'un vol ou d'un sinistre, les intéressés peuvent pour établir les faits

qu'il mentionnait recourir dans tous les cas à la preuve par témoins (art. 1348 C. civ.). Par application de l'article 1328 du Code civil l'acte a dû être soumis à la formalité de l'enregistrement, la mention de sa substance qui aura été faite sur le registre de l'administration ne constitue assurément pas le commencement de preuve par écrit que prévoit l'article 1347, mais constitue un élément de conviction (1). La preuve par témoins au contraire n'a d'autre garantie de durée que le souvenir et la bonne foi des assistants. Eminemment périssable comme l'homme même, elle peut disparaître avant lui par l'effet de son éloignement, de l'altération de ses facultés, de sa corruption, ou seulement de ses dispositions moins bienveillantes. Les dangers sont multiples, le remède bien aléatoire : comme il est généralement recouru à ce moyen de preuve à défaut de toute autre preuve directe, s'il disparaît, les prétentions de l'intéressé ne pourront trouver d'appui que dans des présomptions de fait peut-être équivoques, en tout cas d'une portée pratique incertaine.

L'efficacité d'un droit étant subordonnée à la preuve des faits sur lesquels il repose, en bonne justice, il devrait y avoir un moyen de prévenir la disparition de cette preuve orale, tout à la fois si fragile soutien et généralement ultime remède contre l'imposture.

1. DALLOZ, *Répertoire « Enregistrement »*, n° 48.

Une personne était assurée du triomphe de ses droits, grâce à l'audition de certains témoins, mais elle est menacée de voir cette preuve dépérir pendant le délai qui sépare la réalisation du fait à prouver, du moment où son attestation sera rendue nécessaire par la naissance d'une contestation. La seule mesure de préservation que l'on conçoive, c'est l'audition immédiate des témoins et une consignation écrite de leur déposition qui serait opposable à l'autre partie.

Mais une personne privée ne peut, sans recourir à la puissance publique, exiger des déclarations d'autres personnes, et quand celles-ci y consentiraient, la relation qui serait faite de leur témoignage ne saurait être plus tard opposée avec succès à l'adversaire, une partie ne pouvant se constituer à elle-même la preuve de son droit, même avec la participation de tiers.

Un acte authentique est le témoignage rendu et constaté par un officier public dans l'exercice de ses fonctions, de la réalisation d'une opération juridique, et il suppose la participation de l'autre partie. Celle-ci est obtenue en échange des avantages qui lui sont conférés et dont elle est une condition. Mais lorsque le fait générateur ou extinctif de droits est déjà passé, celui qui peut avoir à s'en prévaloir n'a plus aucun moyen de contrainte indirecte pour exiger de l'autre partie sa reconnaissance écrite, ou sa participation à la constatation d'un témoignage. L'adversaire

éventuel, qui n'a plus rien à gagner, sera trop heureux que la perpétuité des moyens d'attaque ou de défense que l'on peut avoir contre lui soit sérieusement menacée.

Seuls les tribunaux ont des moyens de contrainte directs pour forcer les témoins à déposer, l'autorité suffisante pour imposer à l'adversaire le respect d'une déclaration de témoins à laquelle il aura été appelé à assister et qui aura été consignée dans un procès-verbal. C'est là la procédure de l'enquête, l'un des modes d'instruction employé couramment par nos tribunaux pour discerner la vérité au cours des litiges dont ils sont saisis.

Une partie peut-elle à son gré rendre immédiat un procès qui n'était que possible, hâter sa venue, au besoin forcer l'adversaire à prendre l'initiative de l'instance ? Alors elle solliciterait au cours de cette dernière l'enquête qui doit garantir ses moyens de preuve contre le dépérissement redouté. Il lui suffirait de demander que le tribunal soit saisi de la contestation possible, lorsque les témoignages qui lui sont favorables ne sont pas encore menacés d'un péril imminent. Il y aurait immédiatement instruction et solution du procès. Aucune précaution ne saurait valoir celle-là, elle préviendrait tous les dangers.

Accorder aux particuliers le droit de soulever dès à présent tous les litiges qu'ils pourraient avoir dé

sormais avec leurs semblables, c'est donner libre carrière au goût processif des uns et faire des autres d'éternels persécutés, c'est multiplier les chicanes à l'infini. Ce libre exercice des actions et des défenses à futur présente un danger autrement considérable que celui de la disparition des témoignages, aussi des institutions prévoyantes ne l'admettront pas.

Dans la nécessité où est l'intéressé de demander une enquête judiciaire pour se conserver le bénéfice de témoignages précieux, s'il n'a pas la faculté de faire valoir ses prétentions et ses défenses en justice à futur et mettre ainsi en œuvre, quand il le veut, ses moyens de preuve par une enquête accessoire au procès, lui sera-t-il permis de demander cette mesure d'instruction à titre principal, indépendamment du litige sur le fonds ? Ce sera une enquête avant la contestation en cause, c'est-à-dire avant qu'un échange de conclusions entre les parties ait fait connaître au tribunal les points litigieux, ou en l'absence même de toute contestation. Ce sera une mesure de précaution pour prévenir le dépérissement de la preuve par témoins en vue d'un procès possible dans l'avenir. Nos juristes l'avaient appelée pour cette raison enquête à futur ou examen à futur.

Nous nous proposons d'examiner les prétendues origines romaines de cette procédure, le rôle qu'elle a eu dans notre ancien droit, les arguments qu'ont

fait valoir de nos jours d'éminents auteurs (1) pour la déclarer admissible dans le silence de la loi, enfin la place qui peut lui être faite dans nos institutions eu égard à notre organisation judiciaire et à notre régime des preuves.

1. GLASSON, I, p. 570.

GARSONNET, t. III, n° 856.

BOITARD, t. I, n° 470, note 1.

BONNIER, t. I, n° 254.

RODIÈRE, t. I, p. 385.

II. — HISTORIQUE

Droit romain.

Le droit romain était hostile à l'exercice des actions à futur. Il ne permettait pas à l'un des plaideurs éventuels d'imposer à son gré à l'autre une contestation sous prétexte que celle-ci apparaissait comme probable pour l'avenir. Il y avait, inséré au Code, ce principe élémentaire « *invitus agere vel accusare nemo cogatur* ». Les actions sont comme les droits dans le patrimoine de celui qui en est le bénéficiaire. C'est dans son intérêt exclusif qu'elles lui sont accordées, c'est à lui de les exercer quand le moment lui paraîtra favorable et il lui est imparti pour cela un certain délai avant l'expiration duquel aucune déchéance ne saurait être invoquée contre lui. On ne pouvait donc agir ou défendre en justice avant d'être troublé dans l'exercice de ses droits ou de les voir contester devant les tribunaux.

Des exceptions avaient été apportées à ces principes. Une constitution insérée au Code de Justinien

(loi 5 *De ing. manum.*, 7.14) vise le cas d'un ingénu dont la qualité d'homme libre est mise en doute par des propos contraires. Elle lui permet de ne pas attendre que son état soit contesté en justice, de prendre les devants et d'en justifier devant les tribunaux : « Diffamari statum ingenuorum, seu errore, seu malignitate quorundam periniquum est : præsertim quum affirmes, diu præsidem unum atque alterum interpellatum a te, vocitasse alteram partem, ut contradictionem faceret, si defensionibus suis confideret ; unde constat merito rectorem provincæ commotum allegationibus tuis sententiam dedisse, ne de cætero inquietudinem sustineres. Si igitur adhuc adversa pars perseverat in eadem obstinatione, aditus præses provinciæ ab injuria temperari præcipiet. » Par cette disposition les empereurs avaient voulu protéger la liberté. Elle permettait à l'intéressé de faire cesser dès qu'il le voulait le doute qu'on avait élevé sur sa qualité et aussi de faire statuer immédiatement sur une contestation d'état apparue comme possible s'il estimait prudent de produire de sa naissance libre une preuve qui pouvait périr. En présence de ces deux avantages nous ignorons lequel a été le plus visé par les empereurs.

La production de témoignages en temps utile est bien en tout cas le but de deux autres textes exceptionnels.

Le commentaire de Paul du livre 13 de l'édit (*Dig.*

4^e *Ad leg. aquil.*, livre IX, titre II, dispose : « In lege aquilia, si deletum chirographum mihi esse dicam, in quo sub conditione mihi pecunia debita fuerit, et interim testibus quoque id probare possim qui testes possunt non esse eo tempore quo conditio existit, et si summam re exposita, ad suspicionem judicem adducam, debeam vincere : Sed tunc condemnationis exactio competit, cum debiti conditio existiterit : quod si defecerit, condemnatio nullas vires habebit. » C'est le cas d'une personne qui a une créance conditionnelle et dont le titre est détruit. Elle craint que les témoins qui lui sont nécessaires pour établir l'existence de cette créance ne soient pas à sa disposition au moment de l'accomplissement de la condition. Elle aura la faculté de les faire entendre immédiatement devant le judex et d'obtenir ensuite, s'il y a lieu, une condamnation conditionnelle contre son débiteur éventuel.

Le second texte est d'Ulpien (Dig. 3, *De edicto carbon.*, livre 37, titre X). Il fait partie du système de protection institué pour l'impubère par l'Edit carbonien. Lorsqu'on élevait contre un impubère une contestation qui portait à la fois sur son état et sur son droit d'hérédité, de peur de compromettre ses droits par une décision rendue tandis qu'il était encore impubère, le préteur différait le procès jusqu'à l'époque de sa puberté et il lui accordait la possession provisoire si ses droits paraissaient probables. Dans

certains cas cependant l'intérêt du pupille exigeait que cette question fût résolue au plus vite. Il avait par exemple à sa disposition des témoins dont il importait de recueillir immédiatement les dépositions. Son intérêt commandait une dérogation à la règle : « Finge esse testes quosdam, qui dilata controversia aut mutabunt consilium, aut decedent, aut propter temporis intervallum non eandem fidem habebunt. Vel finge esse anum obstetricem vel ancillas quæ veritatem pro partu possint insinuare, vel instrumenta satis idonea ad victoriam, vel quædam alia argumenta ut magis damnum patiatur pupillus quod differtur cognitio, quam compendium quod non representatur., aut stulti, aut iniqui prætoris erit rem in tempus pubertatis differe, cum summo ejus incommodo, cui consultum velit. » Le litige pouvait être vidé sans retard, les témoins pouvaient être entendus. C'était là une faculté accordée au pupille seul comme il résulte des expressions du rescrit d'Adrien : « Non debet adversus pupillos observari quod pro ipsis excogitatum est, et pendere status eorum cum jam possit indubitatus esse. »

Les canonistes ont vu dans ces deux derniers textes des cas d'enquête à futur (1). Or, il n'en résulte pas comme ils l'ont cru que des témoins puissent être entendus de suite pour préparer les éléments de con-

1. BONNIER, n° 224.

viction du juge chargé plus tard de statuer sur l'existence d'une créance conditionnelle, sur l'état et l'aptitude successorale de l'impubère. Le commentaire de Paul du livre 3 de l'Édit permet d'intenter l'action *aquilia*, un jugement interviendra, son exécution n'aura lieu qu'une fois la condition réalisée, mais l'action principale est engagée et c'est au cours du litige que le demandeur fournit sa preuve. L'autre texte prescrit de ne point ajourner le débat sur l'état de l'enfant lorsque des témoins qui lui sont favorables peuvent mourir, s'affaiblir ou devenir hostiles, on intentera l'action et l'on demandera accessoirement que les témoins soient entendus. Ces deux dispositions ne prévoient donc qu'une enquête faite régulièrement dans le cours d'une instance sur le fond même du droit. Pour protéger un plaideur particulièrement intéressant contre le dépérissement de sa preuve testimoniale les Romains n'ont pas autorisé cette preuve avant l'exercice du droit, mais ils en ont hâté la mise en œuvre indirectement en permettant à titre exceptionnel d'intenter l'action principale à futur.

Ancien droit.

La règle « *invitus agere nemo cogatur* » a passé dans notre ancien droit, mais nos auteurs élargirent considérablement la dérogation que la loi *Diffamari* y

avait apporté concernant les questions de liberté(1). Ils accordèrent contre tout individu qui se vantait de pouvoir contester ou réclamer quelque chose à autrui, le droit de le forcer à justifier ses dires en justice, faute de quoi il se verrait imposer un perpétuel silence ; si le diffamant ne voulait encourir cette déchéance, sur la demande du diffamé, il devait immédiatement et en qualité de demandeur saisir le tribunal des prétentions dont il s'était jacté. Les juges examinaient dès maintenant leur bien-fondé, la valeur des défenses qui y étaient opposées, recevaient les preuves des unes et des autres et statuaient sur le fond. Cependant les conditions d'exercice de cette action dite provocatoire ou de jactance étaient réglées avec le plus grand soin, et notamment pour pouvoir forcer le diffamant à saisir la justice de la contestation que ses propos faisaient apparaître comme probable, le diffamé devait fournir la preuve de la jactance.

Hors ce cas et quelles que fussent les considérations d'équité que l'on pût invoquer, l'on n'était pas reçu à faire valoir ses droits en justice à futur. Si l'adversaire éventuel ne s'est pas targué, ou même s'il l'a fait avec prudence, il est impossible de faire naître la contestation qu'il se refuse à soulever ; de même, un long intervalle de temps peut s'écouler avant

1. BONNIER, n° 255.

qu'il soit permis d'engager une instance ; cependant des témoins peuvent disparaître et avec eux des attestations précieuses pour la défense ou pour l'attaque. Il était donc utile de donner aux futurs plaideurs le moyen de garantir leurs preuves contre les effets du temps et des circonstances.

Comme en droit romain, il était de règle que le droit et la preuve qui le démontre ne se séparent pas. Une mesure d'instruction a pour but d'éclairer le juge sur la solution à donner aux difficultés portées devant lui, dès lors il n'y a lieu d'y conclure qu'accessoirement au litige dont il est saisi et seulement après le point de la procédure appelé « contestation en cause ». C'est le moment où le demandeur ayant exprimé ses prétentions et le défendeur ses dénégations ou ses aveux, on peut préciser les points sur lesquels ils sont en désaccord. Jusque-là on ignore sur quel chef portera le débat. Sur quoi recevrait-on un moyen de preuve ? L'application de ces principes s'opposait à une mesure d'instruction indépendante du procès.

Les canonistes par suite d'une interprétation qui, nous l'avons vu, était inexacte, avaient cru trouver dans les textes de législation romaine cités plus haut des exemples d'enquêtes permises à futur, et étendant ces textes bien au delà des cas qu'ils prévoyaient, ils avaient accordé à toute personne le droit de requérir à titre exceptionnel une audition de témoins *ante*

litem contestatam lorsque certains dangers menaçaient ce moyen de preuve : départ des témoins, affaiblissement de leurs souvenirs, création de liens d'amitié ou d'alliance entre eux et la partie adverse. Les décrétales d'Innocent III et de Grégoire IX avaient reconnu cette faculté (1).

Nos anciens juristes de droit civil auraient pu pour garantir à une partie le bénéfice de ses moyens de preuve actuels, établir dans certains cas des exceptions au non-exercice des actions à futur comme le droit romain en avait donné l'exemple. Ils préférèrent adopter l'*examen extraordinarium testium* du droit canon, procédure réputée anormale comme son nom l'indique, mais qu'ils voyaient appliquer dans les juridictions ecclésiastiques. Ils n'eurent qu'à en importer l'usage dans les tribunaux présidiaux et cette pratique fut officiellement consacrée par l'édit de Charles VIII de l'an 1493, article 58 (2).

« Quand les témoins dont quelqu'un s'entend aider, dit Masuer, sont vieux ou valétudinaires ou en disposition de s'absenter pour longtemps, il peut obtenir lettres pour faire examiner ses témoins, afin que leurs dépositions lui servent de preuve et perpétuelle mémoire de la chose dont est question, en la

1. *Recueil de Friedberg*, Decretal. Gregor. IX, liv. II, titre VI, 5.

2. *Bornier*, édition de 1744, p. 90.

cause même ou à mouvoir contre celui, à l'encontre duquel il les fait examiner (1) ». Tels étaient les dangers qu'on pouvait invoquer à l'appui d'une demande d'enquête à futur, et celle-ci pouvait avoir lieu, nous fait connaître Masuer, avant ou pendant le procès, et par là il entend avant contestation en cause (2); car après, les parties ayant échangé leurs conclusions, le juge connaît par « l'appointement des contraires » (3) les faits sur lesquels leurs allégations sont contradictoires et l'enquête qu'il ordonnerait pour s'éclairer sur ces faits aurait un caractère accessoire.

Mais que le procès soit ou non engagé, dans les deux cas, la dérogation au principe que les témoins ne peuvent être entendus avant contestation en cause n'était pas de droit. Dans le premier cas l'enquête devait toujours être demandée moyennant finances à la chancellerie du Parlement dont on ressortissait. Celle-ci accordait l'autorisation par des « Lettres royaux » dont le commitimus s'adressait au juge appelé à connaître du litige ou à « tout autre plus commode pour ouïr les témoins » (4).

1. MASUER, traduction Fontanon, p. 250.

2. IMBERT I, chapitre 44. 1.

3. LAUGE. *Pratique*, chapitre 29. *Des enquêtes*, I, p. 554. MERLIN, *vo Appointement*.

4. DESPEISSE. *Des enquêtes* II, titre X, section II, art. 3. *Enquête* n° 54, arrêt du Parlement de Paris du 15 juillet 1519 cité par DESPEISSE.

Si le procès était intenté « le juge, par-devant lequel il est pendant, baille permission aux parties qui le requièrent de faire ledit examen, sans qu'à ces fins elles aient besoin d'obtenir des lettres royaux ».

Cette faveur ne devait être accordée qu'après examen de la situation de la partie qui la sollicitait et là-dessus « Bartole distingue entre trois catégories de personnes : La partie qui veut faire sa preuve avant que le juge l'ait ordonnée est ou doit être demanderesse dans la cause principale ; si elle est en état d'agir, elle ne doit être reçue à produire ses témoins avant l'appointement à faire preuve qu'après avoir justifié du péril qu'il y aurait dans le retard, c'est-à-dire de la maladie ou du départ de ceux qu'elle veut faire entendre ; si, au contraire, le demandeur ne peut pas agir sur-le-champ, soit que la condition sous laquelle on s'est obligé envers lui ne soit pas encore réalisée, soit pour toute autre cause, il dépend de la prudence du juge d'admettre ou de rejeter la production anticipée des témoins valétudinaires ou prêts à s'absenter. La partie qui demande à faire une enquête à futur, est ou doit être défenderesse dans la cause principale ; sa demande doit lui être accordée sans la moindre difficulté, surtout si la cause n'est pas entamée, parce qu'autrement, le demandeur pourrait en différant longtemps d'agir, lui ôter tous les moyens de faire sa preuve. Il en est de même pour le demandeur à l'enquête à futur qui doit jouer

dans l'instance le double rôle de demandeur et de défendeur (1). »

L'enquête une fois ordonnée, celui qui l'a requise doit affirmer les faits sur lesquels il veut la faire porter, donner à la partie adverse communication de ces faits et assignation pour assister à l'examen à futur (2). Mais cette dernière n'a pas le droit de procéder à une contre-enquête, et si elle prétend que les témoins ne sont ni vieux, ni malades, ni sur le point de s'absenter et « qu'à cette occasion elle tâche d'empêcher la réception d'iceux, néanmoins le juge ou commissaire les doit recevoir, sans préjudice à ladite partie de pouvoir impugner et débattre en temps et lieux ladite qualité des témoins et l'autre partie de les soutenir... et tiendra le juge ou commissaire qui aura fait ledit examen, icelui clos et secret jusqu'à ce qu'il soit métier de le produire » (3).

Celui qui a ainsi obtenu par avance la consignation de sa preuve orale, s'il veut en conserver le bénéfice, doit dans le délai d'un an intenter son action ou pour le moins dénoncer à la partie adverse la réception des témoins (4). Mais si cet examen a porté sur des faits qui doivent lui servir d'exception

1. MERLIN. *Enquête à futur*, 4.

2. Arrêt du Parlement de Paris du 26 mai 1587 rapporté par IMBERT, I, ch. 44, 3.

3. IMBERT, I, ch. 44, 3.

4. IMBERT, I, ch. 44, 5 ; MASUER, p. 250.

ou de défense, « il s'en peut servir dans trente ans, n'étant pas au pouvoir du défendeur d'être convenu lorsqu'il veut, comme il est au pouvoir du demandeur d'agir quand bon lui semble » (1).

Lorsque, le procès étant intenté ou suivant son cours, il y a eu échange de conclusions sur le fonds et « appointment à faire preuve », le « commissaire-enquêteur » (2) qui a reçu antérieurement une audition de témoins en délivre le procès-verbal clos et scellé. Ce document a seulement la valeur provisoire d'un moyen de préservation. Parmi les dépositions qui y sont enregistrées, de droit commun, le juge ne devra prendre en considération que celles qui seraient aujourd'hui impossibles, les autres devront être requises à nouveau. « Si les témoins dudit examen sont encore vivants et au pays au temps de l'enquête, il les faut faire récoler ou réouyr, comme les autres témoins, autrement l'on ajouterait foi audit examen, sinon qu'ils eussent été ouys par vertu de commission émanée de la cour de Parlement, en ce cas n'est métier de les faire récoler. Mais si lesdits témoins ont été ouys par vertu d'autres commissaires et qu'ils soient morts ou absents au temps de ladite enquête, il faut avoir lettres

1. DESPEISSE. *Des enquêtes*, n° 55.

2. JOUSSE. Commentaire de l'ordonnance de 1667, p. 12 et

royaux par lesquelles il sera mandé au juge de la cause de recevoir les parties à produire ledit examen et avoir regard aux dépositions des témoins décédés en recevant aussi partie adverse à bailler contre lesdits témoins tels objets que de raison. Et si la partie adverse, en débattant lettres, maintenait les témoins être encore vivants et demeurant au pays, il serait bon informer sommairement de leur mort ou absence. Et si, pour autre cause que la susdite, le juge interloque que les témoins ouys aux enquêtes seront par lui récolés et y en ait aucun qui soit décédé auparavant le récolement, l'on ne doit ajouter foi à leurs dépositions (1). »

Telle était la procédure de l'enquête à futur. Elle était d'un usage courant, et comme la preuve testimoniale en général, elle était reçue quels que fussent l'objet et le montant de la contestation prévue. Deux limitations étaient cependant apportées à son emploi : Elle ne pouvait être admise qu'au civil par un souvenir des Décrétales et « parce que ce serait indirectement recevoir le prévenu à procès ordinaire et lui permettre de se défendre avant d'avoir été accusé. » Enfin l'édit du roi Charles VIII de 1493, article 58, prescrivit de vider par titres les litiges portant sur la récréance ou possession d'un bénéfice et prohiba

1. IMBERT, I, ch. 44, 6.

en cette matière les auditions de témoins et par suite les enquêtes à futur (1).

Celles-ci ne pouvaient en effet être admissibles que dans la mesure où l'était la preuve orale puisqu'elles en constituaient des productions anticipées. En matière civile elles eurent même étendue d'application et jusqu'au xvi^e siècle leur commune recevabilité générale ne subit d'autres restrictions que celles de cet édit.

De cette facilité qu'on avait de faire entendre des témoins en toute matière et à tout instant, il résulta de nombreux inconvénients.

Avec la diminution de la foi du serment il était devenu aisé de se procurer des témoins ou de corrompre ceux de l'adversaire. « Fol est qui se met en enquête, car qui mieux abreuve mieux preuve » disait Loysel. Il est vrai qu'à Rome ou à Constantinople les mœurs étaient loin d'être pures et que cependant la crainte de ce danger ne paraît pas avoir beaucoup inspiré la législation romaine : l'on y jouissait de la plus large faculté d'invoquer la mémoire et la bonne foi présumée de l'homme ; le premier, Justinien osa prescrire que la preuve orale d'un paiement ne pourrait être admise en présence d'une créance constatée par écrit (2).

1. IMBERT, I, ch. 44, 4.

2. Loi 18 au code *De testibus*, 4, 20.

Mais un autre danger plus considérable dans notre ancien droit qu'il n'avait pu l'être en droit romain, militait contre l'admission illimitée de la preuve par témoin : la multiplication des procès. A Rome, d'une part, les hommes libres et par suite les plaideurs étaient relativement en petit nombre et généralement instruits dans leurs affaires que régissait une législation uniforme ; d'autre part, les contrats se formaient au moyen d'une stipulation dont la formule rigoureuse tendait à préciser nettement les intentions des parties et à empêcher les souvenirs des témoins de s'égarer. Dans l'ancienne France tout le monde était admis à plaider ; il y avait beaucoup d'ignorance ; les règles de droit, d'origines diverses, étaient différentes selon les lieux ; on pouvait appeler en témoignage tous ceux qui de près ou de loin avaient assisté au fait que l'on avait intérêt à invoquer en justice. Et l'esprit processif était encore excité par l'admission des enquêtes à futur, puisque l'on était tenté non seulement d'engager une instance en comptant à la légère sur la preuve orale pour assurer son succès, mais à demander aux tribunaux en prévision d'un litige une production de témoignage anticipée, qui en ménageant une preuve, ménageait aussi des sources de procès, qui était une provocation à un adversaire éventuel jusque-là peut-être bien disposé.

C'est pour parer à ces dangers qu'en 1566 le chan-

celier Michel de l'Hospital fit rendre l'ordonnance de Moulins. Paraphrasant son préambule Boiceau en a fait cet exposé des motifs : « Cette ordonnance a été faite afin d'obvier à la multiplicité des faits que l'on avait coutume d'articuler en justice, qui ne pouvaient être prouvés que par témoins ; d'où il s'en suivait une involution de procès que les plaideurs essayaient de faire naître, plutôt pour embarrasser l'affaire que dans le dessein de se servir de cette preuve pour conserver leurs droits, ce qu'ils pratiquaient souvent en subornant les témoins (1). »

Par son article 54 l'ordonnance de Moulins apportait d'importantes restrictions à l'admissibilité de la preuve testimoniale : « Avons ordonné et ordonnons, que, dorénavant, de toutes choses excédant la somme ou valeur de 100 livres pour une fois payer, seront passés contrats par-devant notaires et témoins, par lesquels contrats seulement sera faite et reçue toute preuve es dites matières, sans recevoir aucune preuve par témoins, outre le contenu du contrat, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit ou convenu avant icelui, lors et depuis. En quoi n'entendons exclure les preuves des conventions particulières et autres qui seraient faites par les parties sous leurs seings, sceaux et écritures privées. »

Cette disposition constituait une véritable révolu-

1. BOICEAU. *Traité de la preuve par témoins*, p. 20.

tion juridique, elle était contraire à toutes les habitudes. Rompant avec la tradition en matière de preuve, qu'exprimait la formule « témoins passent lettres », elle donnait, au moins en matière de contrat un rôle prépondérant à la preuve écrite, elle substituait à l'ancien adage une règle nouvelle bientôt formulée : « Lettres passent témoins. »

Mais le but visé par l'ordonnance de 1566 ne fut que très imparfaitement atteint.

Elle prescrivait qu'il serait « de toutes choses passé contrat ». Les rédacteurs employaient le mot « contrat » par métonymie pour l'écrit constatant *id quod actum est*. Telle était si bien leur intention qu'après avoir parlé de l'acte rédigé devant notaire ils mentionnaient que cela n'exclut pas « les preuves des conventions particulières et autres qui seraient faites par les parties sous leurs seings, sceaux et écritures privées (1) ». Malgré cette dernière mention et l'expression « toutes choses », les auteurs, s'attachant à l'expression « il sera passé contrat » employée assez mal à propos, interprétèrent cet article 54 en ce sens qu'il n'était applicable qu'aux conventions productrices d'obligations. La signification littérale du mot paraissait en effet exclure les écrits constatant les distrats ou remises conventionnelles,

1. En ce sens : TOULLIER, t. IX, n° 23. BOICEAU ET DANTY, *Traité de la preuve parlementaire*, 1738, p. 10.

les paiements, etc. (1). Le texte de l'ordonnance contenait un autre défaut, il prescrivait de ne recevoir aucune preuve par témoins, outre le contenu du contrat » mais n'était-ce pas seulement lorsqu'il s'agissait d'une valeur de plus de 100 livres ? On pouvait le supposer et il suffisait d'articuler contre une obligation plusieurs paiements, chacun inférieur à 100 livres pour être admis à fournir la preuve par témoins de sa libération (2). La preuve des actes extinctifs d'obligations échappaient ainsi à l'application de l'ordonnance.

La restriction apportée à la valeur probante de l'enquête se trouvait réduite au contrat seul, mais dans ce domaine encore il était possible de tourner la règle :

Lorsque, au cours d'un procès, les parties ayant conclu sur le fonds, l'une demandait à fournir la preuve orale d'un fait dont elle se prévalait et qui était dénié par l'adversaire, le juge saisi était à même de connaître s'il s'agissait d'un contrat excédant la valeur de 100 livres et en pareil cas de refuser l'enquête.

Mais, si une personne demandait une enquête à

1. En ce sens : POTHIER *Des obligations*, n° 786. JOUSSE sous le titre XX de l'ordonnance de 1667, article 2. — Cf. l'article 19 de l'Édit perpétuel des archiducs de Flandre du 11 juillet 1611 rapporté dans TOULLIER, t. IX, n° 16.

2. BOICEAU ET DANTY, p. 10.

futur, elle devait tout au plus justifier du péril où elle était de voir disparaître ses témoins. Elle obtenait leur audition en vertu de lettres qui, disait le président Lamoignon « s'accordent dans toutes les chancelleries du Royaume sans aucune connaissance de cause ». Elle arrivait ainsi à faire entendre ses témoins devant le commissaire enquêteur sur l'existence d'un fait matériel ou juridique, sans qu'il ait été examiné si ce n'était point une de ces « choses » pour les quelles l'ordonnance de Moulins prescrivait de n'admettre que la preuve par écrit.

Quand le litige s'élevait plus tard sur le fond, l'une des parties réclamait les effets d'un contrat sur l'existence duquel il avait été procédé antérieurement à un examen à futur. Si ces effets n'excédaient pas la somme de 100 livres, le juge ne recevait pas les parties à faire enquête, mais devait-il ignorer que des témoins avaient déjà été entendus ? Leurs déclarations concluant à l'existence du contrat avaient été consignées par écrit dans un procès-verbal, et malgré la défense qui en était faite, cette pièce, nous disent les contemporains, était portée à la connaissance du juge dès le début de l'instance. Pouvaient-ils méconnaître un acte juridique déjà régulièrement prouvé par témoins, sous prétexte que la mise en œuvre de cette preuve n'eût pas été maintenant permise au cours du procès ? L'enquête à futur créait en tout cas un élément de conviction dont ils devaient

subir l'influence. Elle permettait à une partie qui ne s'était pas réservé de preuve écrite de sa convention, de faire établir par avance un procès-verbal dont l'existence en cas de contestation lui serait très favorable et suppléerait à l'impossibilité où elle serait alors de faire entendre des témoins par application de l'ordonnance de Moulins.

« Des plaintes nombreuses, dit Boncenne (1), accusaient ces enquêtes anticipées de sacrifier à d'astucieux calculs ce qui restait de garantie contre les dangers de la preuve testimoniale. » Les interprétations auxquelles prêtait la mauvaise rédaction de l'ordonnance de 1566 et la faculté d'ordonner des enquêtes à futur, sans savoir ou même sans examiner si dans l'espèce, lors du procès sur le fond, la preuve orale serait admissible, n'est-ce pas les inconvénients que signale Bornier comme ayant nécessité une nouvelle ordonnance sur la matière ? « On avait introduit tant d'exceptions par l'usage ou par les arrêts qu'il n'y avait point de loi certaine et qu'il était bien nécessaire qu'on y remédiât (2). »

Pour faire triompher l'esprit de l'ordonnance de Moulins, il fallait amender son texte de façon à mettre un terme aux fausses interprétations qui en

1. BONCENNE, IV, p. 259.

2. BORNIER. *Conférences sur l'ordonnance de 1667*, t. I, p. 146.

limitaient la portée, il fallait réformer les pratiques judiciaires dans un sens favorable à une limitation effective de la preuve par témoins.

Ordonnance de 1667.

Lors de la préparation de l'ordonnance de 1667 plusieurs juriconsultes prenant en considération et l'utilité qu'il y avait à conserver les enquêtes à futur et les abus qui en avaient été faits, proposèrent de soumettre cette procédure à la réglementation suivante.

« *Article premier.* — Défendons toutes enquêtes d'examen à futur, si ce n'est quand ceux qui pourraient servir de témoins seront fort âgés ou valétudinaires, ou pressés de faire un voyage de long cours et autres cas, à l'occasion desquels la preuve pourrait dépérir et non autrement : sans que l'on puisse y entendre d'autres témoins que ceux de la qualité ci-dessus, à peine de nullité des enquêtes.

« *Art. 2.* — Défendons sous la même peine que dessus les enquêtes d'examen à futur, en vertu de nos lettres de chancellerie ou autrement, avant qu'il y ait action intentée : mais en sera la permission demandée au juge par devant lequel l'assignation aura été donnée au principal : soit

qu'elle soit échue ou non, et sans qu'il soit besoin de faire assigner la partie pour en avoir la permission, le tout pourvu que la cause soit entière et non contestée.

« *Art. 3.* — La permission de faire enquête à futur sera demandée par requête, qui contiendra sommairement l'exposé du fait, les raisons pour lesquelles la partie prétend que la preuve en est recevable par témoins, les nom, surnom, âge, qualité et demeure des témoins que l'on veut faire entendre, et la clause particulière touchant l'audition de chacun des témoins que l'on demande d'être ouïs.

« *Art. 4.* — Si la partie assignée au principal n'a point encore de procureur, le juge pourra accorder la permission sur la requête à lui présentée; et s'il y a procureur, la requête sera signifiée au procureur, avec un acte à comparoir à l'audience pour y voir prononcer : et pourra le juge ordonner ou refuser la permission sur la première assignation, tant en présence qu'absence sans que ce qui aura été ordonné en l'un et en l'autre puisse faire préjudice ni conséquence pour accorder ou refuser la preuve par témoins après la contestation en cause.

« *Art. 5.* — Celui qui aura été assigné aura la faculté de demander permission de faire enquête d'examen à futur, aux mêmes cas ci-dessus, en

observant les mêmes choses, soit que le défendeur l'ait requis ou non.

« *Art. 6.* — Le juge par devant lequel l'assignation aura été donnée pourra accorder la permission de faire enquête d'examen à futur, et même de passer outre la confection, nonobstant tout déclinaire prononcé ou renvoi requis, lettres d'Etat obtenues ou signifiées, cédules évocatoires ou lettres d'évocation non encore jugées ou oppositions et appellations quelconques, récusations ou prises à partie faites ou à faire ; sans néanmoins y préjudicier, ni autres nullités des enquêtes et aux renvois requis ou qui le pourraient être si par l'événement le juge était déclaré incompetent ou valablement récusé.

« *Art. 7.* — Après que la permission de faire l'enquête d'examen à futur aura été accordée, la partie sera assignée pour voir jurer les témoins et si elle n'a point eu copie de la requête par laquelle la permission aura été requise, elle lui sera fournie en même temps et les témoins assignés pour déposer.

« *Art. 8.* — Les témoins qui déposeront en l'enquête d'examen à futur, après le serment par eux fait, déclareront précisément si les causes mentionnées en la requête et pour lesquelles on les fait entendre par forme d'examen à futur sont véritables et concernent leurs personnes : et en

ce cas qu'elles ne les concernent ou qu'elles ne soient pas véritables, ils ne seront pas ouïs.

« *Art. 9.* — Après que les témoins auront déposé, les minutes de l'enquête du procès-verbal demeureront entre les mains de celui qui en doit être dépositaire, sans qu'il en puisse donner aucune expédition, communication ni copie jusques à ce que les parties ayant été appointées respectivement à faire enquête : et s'il s'en trouvait auparavant quelque expédition ou copie, enjoignons au juge de les rejeter, sans en souffrir la lecture ni le récit, ni aucune induction, et même de condamner la partie et le dépositaire des minutes solidairement en cent livres d'amende. Et si les parties n'étaient point appointées à faire preuve respectivement par témoins, les enquêtes qui auront été faites par forme d'examen à futur seront nulles et de nul effet : défendons à tous juges d'y avoir égard.

« *Art. 10.* — Quand les parties auront été appointées respectivement à faire enquête, l'enquête et le procès-verbal seront délivrés à celui qui les aura fait faire, lequel alors sera tenu de communiquer le procès-verbal : et seront les formalités, concernant les nullités, reproches de témoins et les jugements, observées, ainsi qu'aux autres enquêtes.

« *Art. 11.* — Abrogeons en ce faisant, l'usage

de répéter ou recoler les témoins ouïs aux en-
quêtes d'examen à futur et voulons qu'il soit
ajouté foi aux dépositions y contenues : sauf néan-
moins les reproches contre les témoins qui y
auront été ouïs, soit vivants ou décédés, absents
ou présents.

« *Art. 12.* — La partie qui aura fait faire l'enquête
d'examen à futur, pourra faire ouïr d'autres té-
moins, après que les parties auront été appoin-
tées respectivement à faire preuve par témoins :
pourvu que les témoins tous ensemble n'excèdent
le nombre de dix sur un même fait, ainsi qu'il
est ordonné au titre des enquêtes, sous les pei-
nes y portées (1).

Ce projet de réforme contenait diverses innova-
tions : Une partie ne pouvait recourir à l'enquête à
futur que lorsque l'action principale était déjà exer-
cée, elle devait toujours justifier du danger où elle
était de voir disparaître ses témoins et de la receva-
bilité de la preuve orale. Cette instruction anticipée
ne devait rien préjuger sur la suite du procès, enfin
elle devait être considérée comme non avenue dans
le cas où après contestation en cause les parties ne
seraient point reçues à faire la preuve par témoins.

1. BORNIER, Procès-verb. des conférences tenues par ordre
du Roi pour l'examen des articles de l'Ordonnance civile du
mois d'avril 1667, titre 24, p. 325 et s., 1757.

Ces précautions étaient, semble-t-il, de nature à parer aux dangers que nous avons signalés.

Il faut croire qu'on désespéra de leur bonne application pratique, car le président de Lamoignon obtint la suppression des enquêtes à futur après des critiques plus véhémentes que démonstratives. Il dit :

« Qu'on avait voulu, par ces articles, chercher des remèdes aux abus que ces sortes d'enquêtes causaient tous les jours et cependant que l'on introduisait pour ce sujet beaucoup plus de formalités que l'on n'en retranchait d'anciennes ; et qu'après y avoir bien pensé, il pouvait se servir des termes d'un savant personnage qui a vécu dans le siècle dernier et dans celui-ci : « *centum lituris mederi non possis, unâ possis facile* » ; abrogez d'un seul mot les enquêtes d'examen à futur !

« Qu'il savait bien que cette matière méritait de grandes considérations de part et d'autre : puisque même on rapportait l'origine, l'usage de ces enquêtes au droit écrit : et que les plus vieux registres du Parlement faisaient connaître combien la pratique en était ancienne parmi nous : que l'on n'ignorait pas aussi les raisons sur lesquelles on les appuyait : des témoins maladifs, âgés, moribonds ou prêts à faire un long voyage, des personnes, en plusieurs rencontres, qui ne peuvent agir dans un temps pendant lequel les preuves par témoins qui leur sont nécessaires se perdent ; qu'observant la précaution ancienne

de tenir les enquêtes closes et scellées, jusqu'à ce que les faits fussent reçus après la contestation en cause, y ajoutant encore toutes les précautions de ce présent titre, on pouvait remédier aux abus et aux inconvénients qui arrivent.

« Mais que ces raisons ne lui paraissent pas aussi fortes que celles qui étaient contraires ; qu'on ne voit même pas que le droit civil ait précisément permis cette sorte de preuve ; on n'entendait au contraire les témoins qu'après la contestation en cause : « *litem prius esse oportet, quam testes producantur, non quælibet autem controversia lis est, sed ea tantum quæ contestata est* » ; ce sont les paroles de Cujas sur le titre des décrétales : « *Ut lite non contestata non procedatur ad testium receptionem....* ».

« Au surplus à l'égard de cette sorte d'enquête, les délais de procédure étant fort abrogés par ce nouveau style, on pouvait bientôt faire juger contradictoirement si les faits sont irrecevables ; mais qu'il était extrêmement périlleux, avant que les faits soient reçus et avant qu'une cause soit contestée, de faire des preuves telles que l'on veut par une enquête sans que la partie puisse en faire une au contraire et se donner cette liberté en vertu de lettres qui s'accordent dans toutes les chancelleries du royaume, sans aucune connaissance de cause.

« Que l'on voyait tous les jours que ces témoins moribonds recouvraient la santé et que ces grands

voyageurs étaient de retour de leur voyage aussitôt que leur déposition était achevée. Cependant, sous ces prétextes illusoires et dont les juges se trompent eux-mêmes volontairement, ils donnent de grandes pentes aux affaires.

« Quand ces enquêtes sont faites, on ne manque point de dire qu'elles ne devraient pas être ouvertes, qu'au cas que les faits soient reçus et néanmoins en disant cela, on les produit et on les voit dans le procès par écrit. On les met entre les mains des gens pour les causes d'audience, lesquels en déclamant toujours contre cet abus ne laissent pas d'en faire le rapport; que même toutes les défenses qui seront faites de les ouvrir n'empêcheront jamais qu'on ne sache ce qu'elles contiennent et qu'elles fassent une impression très forte dans l'esprit du juge.

« Que les parties qui savent qu'il y a un sac au greffe qui contient une pièce importante pour leur cause, trouvent mille moyens de la mettre en usage; les juges sollicitent eux-mêmes de la voir, comme si elle pouvait servir à leur instruction et découvrir la vérité. Enfin l'expérience a fait savoir jusqu'ici que les enquêtes d'examen à futur étaient inutiles si on en usait bien, ou très dangereuses si on en abusait, comme il arrivait ordinairement. »

Le président de Lamoignon dans ce véritable réquisitoire, à côté de l'absence de débat sur l'admissibilité de la preuve et de l'influence inévitable du

procès-verbal sur l'issue du procès, signalait d'autres sujets de plainte contre l'enquête à futur : l'absence d'un droit absolu pour la partie adverse à une contre-enquête, la multiplicité des affaires résultant de la facilité que l'on avait d'obtenir cette procédure et de l'usage excessif qui en était fait. Mais les antécédents historiques que nous avons exposés nous portent à penser que le motif déterminant de son interdiction fut le désir de rendre efficaces les restrictions à l'emploi de la preuve orale.

L'ordonnance du mois d'avril 1667 contient deux dispositions qui modifient le régime antérieur des preuves :

TITRE XX. — *Art. 2* : « Seront passés actes par-devant notaires ou sous signature privée de toutes choses excédant la somme ou valeur de 100 livres, même pour dépôts volontaires, et ne sera reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 100 livres. »

TITRE XIII. — « Abrogeons toutes enquêtes d'examen à futur et défendons à tous juges de les ordonner, ni d'y avoir égard à peine de nullité. »

L'un de ces textes empêche désormais toute équi

voque sur la nécessité de prouver par écrit toutes les conventions au-dessus du taux de 100 livres, et tous les paiements mêmes inférieurs à 100 livres, qui seraient faits en exécution d'une convention d'un intérêt supérieur à ce taux (1). L'autre supprime le système de procédure qui permettait d'éluder l'examen sur la légalité de la preuve. Ces deux dispositions anéantissent les moyens qui s'offraient, nous l'avons vu, pour éviter l'application des principes posés par l'ordonnance de Moulins. Ce rapprochement nous confirme dans l'opinion que le législateur de 1667 a interdit les enquêtes à futur pour assurer l'application des règles prohibitives de la preuve testimoniale.

Désormais toute enquête dut être ordonnée par un jugement (2) du magistrat déjà saisi de la demande au fond ; et seulement après contestation en cause.

En principe, l'appel d'un jugement dessaisissait le premier juge et suspendait les effets de sa décision. En appliquant ce droit commun au jugement ordonnant enquête, toute mesure d'instruction aurait été différée jusqu'à ce qu'il eût été statué sur l'appel ; mais l'instance devant la juridiction supérieure pouvait durer longtemps, les preuves auraient pu disparaître avant que l'autorisation de les produire fût confirmée. Une exécution du jugement en dépit de l'exercice d'une voie de recours, dérogatoire du

1. GARSONNET, *Procédure civile*, III, 820. — TOULLIER, IX, 23.

2. MERLIN, *Appointement*.

droit commun, était de nature à prévenir ce danger. Pareille précaution ne constituait pas à proprement parler une enquête à futur puisqu'il y avait eu échange de conclusions sur le fond entre les parties, et elle n'en présentait pas les inconvénients, un débat sur la recevabilité des moyens de preuve ayant eu lieu. Aussi l'ordonnance de 1667 prescrivait qu'elle serait de droit : Il devait être procédé à l'audition des témoins dans les délais ordinaires.

« Si l'enquête est faite au même lieu. . . .
. . . elle sera commencée dans la huitaine. »
le tout nonobstant opposition, appellations, récusations et prises à partie, et sans y préjudicier (1) . »

L'interdiction des examens à futur souffrit-elle exception ? Jousse se le demandait dans son *Commentaire* (2) : « Il semble cependant qu'il y a encore des cas où ces sortes d'enquêtes doivent être admises ; comme lorsqu'une marchandise vient à périr entre les mains d'un voiturier par accident imprévu, ou un cheval entre les mains de celui qui l'a loué. Dans ce cas, il paraît juste de faire entendre sur-le-champ des témoins devant le juge du lieu où la chose est périée, pour faire mention de leurs déclarations dans le procès-verbal qu'il dressera à cet effet. » Ce ne pouvait être qu'un simple vœu formé par l'éminent commentateur, s'il y avait eu quelques

1. TITRE XXII, art. 2, *in fine* comparez l'art. 257 C. proc. civ.

2. I, p. 188, note 1.

décisions en ce sens, il n'eût pas manqué de nous les rapporter et, après les dangers qu'on avait reconnu résulter de la pratique des examens à futur et les termes formels du titre XIII de l'ordonnance de 1667, un texte eût été nécessaire pour les ressusciter et les régler.

III. — NOTRE DROIT ACTUEL

Silence de nos Codes.

Aux termes de son article 1041, le Code de procédure civile a abrogé « toutes lois, coutumes, usages et règlements » antérieurs. L'ordonnance de 1667 et la prohibition des enquêtes à futur, qu'elle contenait, n'ont plus par conséquent de valeur légale.

Aucune disposition de nos Codes n'interdit de demander la production de témoignages en justice par voie d'action directe et principale.

L'article 252 du Code de procédure porte, il est vrai, que « les faits, dont une partie demandera à faire la preuve, seront articulés succinctement par un simple acte de conclusion sans écriture, ni requête ». Ces termes sont-ils exclusifs de toute enquête qui ne serait pas sollicitée autrement que par acte d'avoué à avoué ? On conçoit deux cas de demande d'enquête par exploit d'huissier : 1° une enquête incidente est sollicitée contre le défaillant qui n'a pas constitué avoué, à titre subsidiaire et pour le cas où

le tribunal ne croirait pas devoir *de plano* faire droit à la demande 2^o une enquête est demandée indépendamment d'une instance déjà organisée. Ni dans l'un ni dans l'autre cas la mise en œuvre de la preuve ne peut être demandée par un acte de conclusion. Cependant on n'hésitera pas à admettre qu'une enquête soit recevable contre un adversaire qui a « fait défaut contre partie ». C'est donc qu'on n'interprète pas à la lettre l'article 252. Pourquoi être plus rigoureux quand il s'agit d'enquête requise à titre principal ?

Au cours des travaux préparatoires la question de la validité des enquêtes à futur n'a pas été soulevée, et en rédigeant l'article 252 les législateurs ont obéi à de toutes autres considérations : Autrefois les plaideurs se signifiaient des requêtes, des répliques et des dupliques jusqu'à ce qu'ils fussent d'accord sur les faits à prouver. Mais le titre XX article 2 de l'ordonnance 1667 (1) mit fin à cet usage en prescrivant un simple acte sans écriture, ni requête. C'est cette disposition que les rédacteurs de 1806 ont reproduite, ils ont visé non à écarter un exploit, auquel ils ne songeaient point, mais à perpétuer la sage interdiction d'une requête développée ; celle-ci est rejetée en ce sens qu'elle ne serait pas allouée en compte, suivant l'article 71 du tarif (1).

1. BONNIER. *Traité de Preuves*, n^o 250.

BONCENNE, p. 221.

PIGEAU. *Commentaire du Code de procédure*, I, p. 491.

Il est certain que lorsque notre Code traite des mesures d'instruction, il les suppose ordonnées accessoirement à un procès, mais en matière de procédure il est fréquent de voir les dispositions de loi prévoir le cas le plus ordinaire pour statuer de *eo quod plerumque fit*. De ce qu'elles ne traitent pas de l'enquête principale, il ne s'en suit pas nécessairement qu'elles la prohibent, et à défaut de texte, on ne saurait semble-t-il déclarer inadmissible cette mesure d'instruction à futur, si elle a un rôle utile à jouer dans nos institutions (1).

Utilité théorique de l'enquête à futur.

Il est essentiel pour un plaideur de disposer de tous les moyens de preuve qu'il peut avoir à l'appui de ses prétentions, quand il fera valoir celles-ci en justice comme demandeur ou comme défendeur. S'il est avisé, il fera naître le procès au moment où il lui est le plus aisé d'établir le bien-fondé du droit ou de l'exception dont il peut se prévaloir. Mais a-t-il toute liberté pour saisir quand il le veut la justice des contestations qu'il prévoit ?

Il faut pour agir qu'il ait un intérêt né et actuel c'est-à-dire : 1° que le droit dont il entend se prévaloir soit né en sa personne et exigible ; 2° qu'il

1. BONNIER, même ouvrage, n° 709.

TOULLIER, *Droit civil*, t. II, n° 664.

ait intérêt à agir. Cet intérêt existera pour une personne quand elle aura subi dans l'exercice de ses droits un trouble matériel, ou un trouble juridique et par là il faut entendre qu'une prétention contraire à sa situation aura été exprimée dans un acte judiciaire ou extrajudiciaire : exploit d'huissier, conclusions (1). Cet intérêt pourra être le droit à une réparation par application de l'article 1382 du Code civil, ou par application de la loi du 29 juillet 1881, contre celui qui par des propos caractérisés lui aura causé un préjudice actuel dans son crédit ou dans son honneur (2).

Mais si une condition suspend l'existence d'un droit, ou un terme son exercice, il n'est rien dû *præsenti die*. Le débiteur ne peut avant la réalisation de la condition ou l'échéance du terme être l'objet d'aucune poursuite à fin d'exécution. Si un individu craint qu'une personne ne se prévale plus tard contre lui d'une faculté, ou de quelque clause d'un contrat, il ne peut la forcer à faire valoir dans un délai déterminé les prétentions qu'il lui suppose, il y aurait là une action interrogatoire dont les auteurs

1. GARSONNET, n° 298 et note 4. — Dijon, 3 mars 1898, D. P., 99.2.114 ; Cassation, 23 juin 1890, D. P., 90.1.289 ; Grenoble, 10 juin 1891, D. P., 92.2.266.

2. BONNIER, p. 231. — Orléans, 15 mars 1889, D. P., 89.2.188 ; Brignoles, jugement du 3 août 1836. DALLOZ. *Répertoire. Action*, n° 213.

et la jurisprudence s'accordent à reconnaître l'inadmissibilité (1).

Même au cas où une personne a tenu des propos ou a formulé des menaces contraires à notre droit, et a ainsi affirmé l'éventualité d'une contestation, nous ne pouvons la contraindre à agir tant qu'il n'y a pas eu trouble dans le sens indiqué plus haut ; nous pouvons seulement, si sa jactance nous a causé un préjudice, lui en demander réparation, ou si ses propos ont été injurieux former une plainte en diffamation. Mais notre jurisprudence n'admet pas l'action provocatoire ou de jactance qui était reçue dans l'ancien droit (2).

Elle a en effet de sérieux motifs pour empêcher l'exercice des actions à futur. A part qu'aucun texte existant ne peut le légitimer, il porterait atteinte à plusieurs de nos principes juridiques : agir contre le débiteur avant que son obligation ne soit exigible, serait en violation du contrat le priver du bénéfice des modalités qui lui ont été concédées. Exercer une action interrogatoire ou provocatoire contre une per-

1. GARSONNET, t. I, n° 298 et note 6 ; AUBRY et RAU, t. VIII, n° 746.

Douai, 25 novembre 1868 ; D. P., 69.2.39. Requêtes, 7 août 1871 ; D. P., 71.1.197.

2. Requêtes, 29 mai 1866 ; D. P., 66.1.400 ; Cassation, 23 juin 1890, D. P., 90.1.289. Orléans ; 15 mars 1889, D. P., 89.2.188 ; Grenoble, 10 juin 1891 ; D. P., 92.2.266.

sonne, serait la forcer à intenter de suite une action pour laquelle il eût pu lui être utile à elle aussi de préparer ses moyens, au mépris du délai que la loi lui avait accordé et avant l'expiration duquel elle ne devrait encourir aucune déchéance. S'il est vrai que l'incertitude d'une situation, ou même des jactances et les signes précurseurs d'une contestation constituent un état gênant et dangereux, il est vrai aussi qu'il suffirait à celui dont les droits sont mal assis ou menacés et qui aurait la certitude de succomber comme demandeur de forcer l'adversaire à se constituer demandeur (1) pour intervertir l'ordre des preuves sagement réglementé par le Code civil.

Ainsi moins encore de nos jours qu'autrefois un intérêt éventuel n'est suffisant pour exercer un droit ou provoquer en justice la partie adverse à agir. Le futur plaideur doit attendre qu'il y ait pour lui un intérêt né et actuel ou qu'il soit attaqué. Il peut craindre de perdre d'ici là un témoignage essentiel. Sera-t-il impuissant en présence d'un délai à respecter, ou des attermolements calculés de l'adversaire ? L'action à futur qui lui est interdite quant au fond, le sera-t-elle aussi pour obtenir la simple mise en œuvre de ses preuves ?

La production anticipée des témoignages ne peut entraîner les effets d'une action sur le fond : Celui-

1. Voir ce qui est dit plus haut sur les effets de l'action provocatoire dans l'ancien droit.

ci sera réservé, l'autre partie n'en conservera pas moins le bénéfice des délais qui lui sont impartis pour exécuter son obligation ou pour préparer ses moyens, enfin son rôle dans l'instance ultérieure n'en sera pas modifié. « La partie, dit Bonnier (1), qui demande à faire à ses propres frais une enquête qui bientôt deviendrait impossible, est extrêmement favorable et l'opposition de la partie adverse en pareille circonstance ressemble fort à de la mauvaise foi. »

L'enquête à futur ne présente donc pas tous les inconvénients des véritables actions à futur et, avec l'inadmissibilité complète de celles-ci dans notre droit actuel, on peut plus encore qu'autrefois prétendre à l'utilité d'une mesure conservatrice de la preuve orale.

L'ancien examen à futur serait-il aujourd'hui superflu par suite de quelque institution qui procure les mêmes avantages ? Peut-on recueillir efficacement des témoignages en prévision de difficultés par un acte extrajudiciaire ?

Pour prévenir le dépérissement des preuves, on pourrait aujourd'hui, dit Boncenne (2) « faire recevoir la déposition du témoin par un notaire pour en tirer ensuite tel avantage que de droit ».

Tous les actes de juridiction gracieuse sont permis

1. BONNIER, n° 250.

2. BONCENNE, t. I, p. 357.

aux notaires sauf les exceptions des articles 75 et 477 du Code civil et 486 du Code de commerce. Rien ne s'oppose donc à ce que, du consentement des parties et des tiers qu'elles veulent faire entendre, un notaire procède à l'audition de ces derniers, le procès-verbal qu'il en dressera sera licite (1).

Mais lorsque cette pièce sera produite au cours d'un procès ultérieur, quelle sera sa valeur probante ? L'article 1^{er} de la loi du 25 ventôse an XI dit que la réception par un notaire des « actes et contrats » donnera à ceux-ci le caractère authentique attaché aux actes de l'autorité publique. Ces expressions visent les actes juridiques intéressant l'état ou la fortune des parties. Pour les autres actes de juridiction volontaire « les notaires ont bien le droit de les recevoir et de leur confier l'authenticité de la forme, mais les constatations qu'ils renferment ne sont pas authentiques au fond parce qu'elles excèdent la mission des notaires (2). » La rédaction du procès-verbal d'une pareille enquête serait authentique, mais la relation qui serait faite des témoignages exprimés ne le serait point. La production de cet acte dont la forme seule est authentique, vaudrait

1. GARSONNET, t. III, n° 856 ; BOITARD, édit. 1890, n° 470, note 1 ; DALLOZ, *Répertoire*, v° *Notaire*, n° 2377 ; *Répertoire du Notariat* de ROLAND DE VILLARGUES, *Notaire*, n° 248. — Toulouse, 2 mai 1883, D. P., 84.2.57.

2. DALLOZ. *Répertoire*, *Notaire*, n° 240.

comme une déposition du notaire sur des faits qu'il a connus par ouï dire.

Dans notre droit la déclaration d'un témoin doit porter sur des faits dont il a eu connaissance personnelle de *visu* ou *ex auditu*. C'est par là que la preuve testimoniale proprement dite diffère de la preuve par ouï dire ou par commune renommée. Celle-ci a toujours été réputée dangereuse et le législateur ne l'a admise qu'exceptionnellement en certains cas (1) (art. 1415, 1442 et 1504 du C. civ.). S'il y a en doctrine et en jurisprudence quelque tendance à l'admettre aussi dans des cas analogues, il n'a jamais été question d'en étendre l'application au delà de l'hypothèse générale où il s'agit d'établir la consistance d'un mobilier contre la personne qui était chargée d'en faire dresser l'inventaire (2).

Le domaine de la preuve par commune renommée reste incontestablement très restreint et avec lui les cas où, la preuve testimoniale étant admise au second degré, l'enquête faite amiablement devant un notaire serait pour le juge un élément légal de conviction.

Mais pareil résultat ne serait même pas atteint si tous les intéressés n'étaient pas d'accord pour requé-

1. FERRIÈRE. *Dictionnaire de droit et de pratique*, Commune renommée; GUILLOUARD. *Contrat de mariage*, II, n° 649.

2. BONNIER, n° 242; AUBRY et RAU, n° 761.

Cassation, 17 juin 1838, S., 38.1.162; 28 novembre 1866, S., 67.1.110.

rir le ministère de cet office public, car en matière contentieuse le notaire est absolument incompétent sauf les exceptions des articles 154 du Code civil et 175 du Code de commerce : il n'a aucun moyen de contrainte pour forcer des particuliers à déposer sur des faits donnés ; il n'a aucune autorité pour, à la requête d'une personne, convoquer son adversaire éventuel à assister aux déclarations de tiers, et celles-ci en tant que consignées dans un procès-verbal seraient dénuées de valeur à l'égard de la partie adverse comme recueillies en son absence et sans les garanties de l'enquête judiciaire (1).

Différenciant la preuve par témoin de la preuve par commune renommée l'auteur allemand Zacharie (2) dans son étude sur notre droit constate que la première ne peut être autorisée que devant un juge, alors que la seconde se fait devant notaire. Cette remarque n'est pas exacte ; même en ce qui concerne la preuve par commune renommée, il faut encore distinguer selon qu'on est en matière de juridiction gracieuse ou contentieuse : quand les parties sont d'accord, le notaire procède à l'enquête par commune renommée en consignant par écrit les déclarations des personnes que les parties lui amènent volontairement. Mais si malgré la résistance de

1. GARSONNET, III, n° 856 ; BONNIER, n° 254.

2. ZACHARIE. *Etude sur le Droit civil français*, édition Massé et Vergé, t. III, n° 595.

quelques-uns des intéressés, la justice ordonne qu'un inventaire soit dressé avec le secours de ce mode de preuve, il faut, disent nos auteurs et avec eux la jurisprudence (1), que les témoignages soient reçus dans les formes prescrites par le titre du Code de procédure relatif aux enquêtes; le droit d'entendre des témoins, de leur faire prêter serment, la puissance de les contraindre à déposer, et celle de statuer sur les reproches qui peuvent être présentés contre eux appartient exclusivement au ministère du juge.

Ainsi le procès-verbal qu'un notaire dresserait pour constater les déclarations faites devant lui n'a de valeur légale (2) que s'il a été fait du consentement des intéressés et encore que comme un témoignage par oui dire. C'est seulement dans les limites étroites où ce mode de preuve est reçu que cette constatation de la preuve orale peut être efficace.

Une enquête anticipée à laquelle il serait procédé par ministère d'huissier aurait moins d'efficacité encore. L'article 24 du décret du 14 juin 1813 borne

1. TROPLONG. *Contrat de mariage*, II, n° 820; BELLOT, *Du Contrat de mariage*, II, p. 80; RODIÈRE et PONT, *Du Contrat de mariage*, II, n° 759; AUBRY et RAU, V, n° 761, note 18.

Cassation, 17 janvier 1838, S., 38.1.162.

Douai, 11 avril 1884, S., 84.2.156.

2. BONNIER, n° 247.

le rôle des huissiers au service des audiences, aux significations et exploits nécessaires pour l'instruction des procès et pour l'exécution des décisions de justice. En dehors des attributions que la loi leur donne, ils n'ont aucun caractère officiel et leur attestation est dépourvue de valeur légale. La jurisprudence a parfois reconnu au juge la faculté de prendre en considération des constatations d'huissier portant sur des états ou circonstances de fait, à titre d'indices, quand ils sont corroborés par d'autres faits de la cause, ou qu'ils ne sont pas contredits (1), mais elle reste encore assez flottante à cet égard (2) et elle ne nous offre en tout cas aucun exemple de constat ayant enregistré des déclarations de tiers.

A plus forte raison, une déposition écrite signée du témoin, ou certificat privé, ne saurait remplacer sa déposition orale. Cela résulte implicitement de l'article 283 : ce certificat serait un motif de reproche contre la personne qui en est l'auteur si l'on voulait la faire entendre en justice ; or y aurait-il lieu à reproche si pareille pièce valait production de témoignage ? Un tel document, ayant été établi sans les formalités prescrites par la loi pour assurer la liberté et la sincérité des témoignages, ne saurait

1. Paris, 13 mai 1887 ; *Le Droit* du 11 juin 1887 ; Seine, 25 juin 1891 ; *Le Droit* du 18 juillet 1891.

2. Paris, 21 juin 1884. DALL. *Répertoire, Preuve*, n° 43. Paris, 29 novembre 1892 ; D. P., 93.2.473.

en tenir lieu. La jurisprudence déclare qu'il doit être écarté du débat (1), c'est-à-dire que le juge n'en peut tenir compte, même à titre d'indice.

Il est de principe, dans notre droit, qu'une preuve n'a sa valeur légale que si elle est administrée dans les conditions requises par la loi, et il résulte de l'ensemble de nos textes que le témoignage doit porter sur des faits dont la personne interrogée a eu connaissance par elle-même et qu'il doit être produit oralement en justice, les parties dûment appelées.

Dans ces conditions il n'y a en pratique aucun moyen extrajudiciaire pouvant jouer le rôle conservateur de l'ancien examen à futur. Une demande d'audition de témoins en justice avant contestation en cause devrait donc être vue aujourd'hui favorablement.

Arguments en faveur de l'enquête à futur.

Nos codes ne prononcent aucune prohibition des enquêtes à futur, ne les autorisent-ils pas implicitement ?

Permettre à une partie de recueillir ses preuves à l'avance pour assurer l'efficacité de ses droits, c'est là, a-t-on dit, une mesure purement conservatoire. Or les actions qui ont pour objet une telle mesure

1. Orléans, 4 juillet 1888; D. P., 90.2.47.

échappent à la règle exposée plus haut que pour agir il faut un intérêt né et actuel. Aussi est-ce bien à ce titre que l'enquête à futur a été déclarée admissible en l'état actuel de notre droit (1).

Aujourd'hui il n'y a plus comme en droit romain de règles précises et étroites sur le nombre, la nature et l'objet des actions. L'on doit admettre toutes celles qui sont conformes à l'esprit de notre législation. D'autre part nos codes sont éminemment favorables aux mesures conservatoires et ils n'en donnent point de listes limitatives. L'article 1180 du Code civil admet le créancier dont le droit est suspendu par une condition à pratiquer avant l'événement de cette condition « tous les actes conservatoires de son droit ». Lorsqu'un tribunal a accordé des délais pour l'exécution de son jugement, l'article 125 du Code de procédure permet également pendant ces délais des actes de cette nature à celui qui a obtenu la décision. En présence de ces textes il ne paraît pas possible de rejeter une procédure dont le seul effet est de conserver un moyen de preuve (2).

C'est en ce sens qu'a été rendu l'arrêt de la Cour de Besançon du 31 août 1844 (3). Une décision du jury d'expropriation stipulait que le droit de propriété de la source « haute » transmis à la ville de

1. GARSONNET. *Procédure civile*, t. I, n° 295.

2. GARSONNET. I, n° 298, III, n° 856.

3. D., P., 1846.2.28. S., 1845.2.626.

Besançon n'autorisait pas cette dernière à nuire à la source « basse » restée la propriété des expropriés. Ceux-ci craignant que les travaux commencés par la municipalité ne portent atteinte dans l'avenir à la situation qui leur avait été réservée, que le souvenir et les vestiges de l'état actuel des lieux ne viennent à s'altérer, demandèrent à administrer la preuve par témoins et par expert des avantages matériels que leur procurait la source « basse ». Le tribunal de première instance leur refusa cette mesure d'instruction, mais sur appel elle leur fut accordée par la Cour de Besançon.

« Attendu, dit l'arrêt, que le droit des appelants sur la source basse étant ainsi maintenu contre l'éventualité des événements résultant du fait de la ville, ils étaient ainsi fondés à agir conservatoirement, que la ville ne le dénie point devant la Cour, et que ce droit est plus incontestable, aujourd'hui qu'il est reconnu, à la suite des travaux exécutés par la ville, que la source basse n'est qu'une dérivation de la source haute.

« Que l'action des appelants conserve encore en appel son caractère conservatoire, puisqu'ils ne justifient encore d'aucun préjudice actuel ; qu'en effet il n'est pas dénié que..... jouissent des eaux en totalité ; qu'ils conservent même en état de roulement l'usine de la source haute, usine expropriée ; qu'ils jouissent ainsi que les mineurs...., du prix de leur

indemnité, payé en totalité par la ville ; qu'ils n'ont donc souffert aucun préjudice actuellement appréciable ;

« Que si l'état des lieux a changé par les travaux de la ville, les sources ne sont ni perdues, ni diminuées, que rien n'empêche qu'ils ne reçoivent dans l'avenir la même quantité d'eau que leurs usines recevaient dans le passé ; que leur action ne peut donc tendre qu'à prémunir contre les éventualités, ou pour le cas où la ville viendrait à perdre la source ;

« Que les appelants ayant un double intérêt, savoir : de constater l'état présent des lieux et de faire connaître leur état passé, ont droit à titre d'acte conservatoire : 1° les sieurs d'administrer la preuve par témoins des faits qu'ils ont articulés pour constater les avantages dont ils jouissaient dans l'état présent ; 2° tous les appelants de faire connaître par les experts à cet effet nommés par la Cour, l'état présent des lieux....

« Que l'enquête doit être faite aux frais des sieurs qui l'ont sollicitée..... »

Dans un cas il est du reste formellement permis à celui qui est menacé de voir disparaître ses moyens de preuve de prendre les précautions nécessaires pour en assurer la perpétuité : d'après l'article 2263 du Code, « le créancier d'une rente peut, vingt-huit ans après la date du dernier titre, contraindre le débiteur à en fournir à ses frais un

nouveau, pour n'être pas exposé, à voir après trente ans, le débiteur en possession des quittances nier le paiement des arrérages et invoquer la prescription (1) ». M. Planiol reconnaît ce droit d'obtenir un titre nouvel au créancier dont « le titre primordial est perdu ou exposé à des chances de perte (2) ».

Il est vrai que cette disposition prévoit la simple rédaction d'un écrit et non la procédure complexe qu'est une audition de témoins ; mais, diront les partisans de l'enquête à futur, nos lois n'interdisent pas le moyen de conservation de la preuve qui consiste en une mesure d'instruction pratiquée avant qu'il y ait eu contradiction entre les allégations des parties aux cours d'une instance ; bien mieux elles en prévoient différents cas :

L'article 324 du Code de procédure civile dispose : « Les parties peuvent en toute matière et en tout état de cause, demander de se faire interroger respectivement sur faits et articles pertinents, concernant seulement la matière dont il est question. » Le tribunal est saisi de cette demande par une requête. Celle-ci « ne sera point signifiée ni la partie appelée avant le jugement qui admettra ou rejettera la demande (3) ». Un interrogatoire sur faits et articles peut donc être ordonné au cours d'une ins-

1. GARSONNET. *Procédure civile*, t. I, n° 298.

2. PLANIOL. *Droit civil*, t. II, n° 115.

3. Article 79 du tarif.

tance, mais avant que les parties aient conclu, avant qu'on sache sur quels faits leurs dires seront contraires et sans qu'il puisse y avoir eu discussion entre elles sur la mesure sollicitée (1).

Il y a là une instruction à futur analogue à ce qu'était l'enquête à futur de l'ancien droit lorsqu'elle était ordonnée au cours d'un procès, avant contestation en cause.

La vérification ou reconnaissance en justice des actes sous seings privés est organisée par les articles 193 et suivants du Code de procédure : « Le demandeur pourra, sans permission du juge, faire assigner à trois jours pour avoir acte de la reconnaissance, ou pour faire tenir l'écrit pour reconnu (art. 193) et « si le défendeur dénie la signature à lui attribuée, ou déclare ne pas reconnaître celle attribuée à un tiers, la vérification en pourra être ordonnée tant par titres que par experts et par témoins » (art. 195). Et la loi du 3 septembre 1807 complétant ces dispositions vise le cas où un jugement aura été rendu « sur une demande en reconnaissance d'obligation sous seings privés » formée avant l'échéance ou l'exigibilité de ladite obligation.

Ces textes prévoient : une vérification qui surgit lorsque l'acte est produit, au cours d'une contestation déjà engagée, et une vérification demandée à

1. GARSONNET, n° 788.

titre principal et avant toute demande en paiement par le porteur d'une obligation sous seings privés qui craint de voir dénier ou méconnaître plus tard l'écriture de son titre. Cette dernière procédure permet au créancier de faire dès maintenant recevoir des preuves de la sincérité de l'acte, qui pourraient disparaître avant l'échéance.

L'admission d'enquêtes à futur procurerait la même faculté au bénéficiaire d'une obligation verbale qui aurait sujet de craindre la caducité de témoignages favorables. L'analogie est d'autant plus grande que l'article 195 prévoit une audition de témoins. La similitude des cas ne permet-elle pas d'étendre à l'un le bénéfice des précautions que la loi accorde dans l'autre (1) ?

On invoque également l'opinion de plusieurs juristes (2) qui estiment que la procédure de faux civil doit être reçue par voie d'action principale. Le titre du Code civil qui traite du faux est intitulé : « Du faux incident civil », ses dispositions (art. 214 et 215) supposent une poursuite sur laquelle vient se greffer une demande de suppression de la pièce suspecte ; mais on ne doit point en conclure que toute procédure de faux civil ne puisse être qu'incidente. Autrefois la victime d'un faux poursuivait le délin-

1. GARSONNET, t. I, n° 1124 ; BONNIER, p. 231.

2. BONNIER, n° 608 et s. ; GARSONNET, t. II, n° 818 ; PIGEAU, *Commentaire*, I, p. 250 ; RODIÈRE, t. I, p. 452.

quant devant la justice répressive, et jusqu'à la Révolution elle garda un rôle prépondérant dans la poursuite de l'accusation (1). Devant la juridiction civile, la question se présentait d'ordinaire au cours d'un procès, incidemment à la production de la pièce arguée de faux. Par opposition, on avait qualifié de faux principal l'action formée devant les tribunaux répressifs et de faux incident la procédure de faux devant les tribunaux civils. Nos législateurs n'ont fait que conserver l'ancienne terminologie sans intention d'exclure le faux civil principal et sans songer que l'ancienne antithèse n'existait plus, le ministère public pouvant seul désormais intenter l'action principale au criminel. Aujourd'hui, où l'intéressé ne peut plus diriger l'action publique à l'égard de laquelle il n'est que plaignant ou partie civile, l'utilité d'une action principale au civil est pour lui plus grande que jamais.

A l'appui de cette doctrine on ajoute que le projet du Code de procédure de 1898 (2) reconnaît expressément la validité de la procédure du faux civil principal.

En résumé, un interrogatoire sur faits et articles peut être demandé au cours d'un litige avant la contestation en cause, la vérification d'écritures et le faux civil principal permettent avant toute instance à la

1. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle*, t. III, p. 71.

2. Paragraphe 59.

partie prévoyante de faire entendre ses témoins sur la sincérité du titre privé dont elle réclamera plus tard les effets, ou sur la fausseté d'un prétendu acte authentique qu'elle pourrait se voir opposer un jour.

Ainsi, non seulement l'enquête à futur a un rôle à jouer dans notre droit actuel et peut y être reconnue comme une procédure conservatoire, mais encore son admission trouve un argument dans l'existence légale de mesures d'instruction demandées à titre principal. Nombre d'auteurs frappés de ces analogies ont conclu qu'en l'absence d'un texte interdisant les enquêtes à futur, il n'y avait aucune bonne raison d'en repousser la pratique.

Réfutation de ces arguments.

Sans doute l'enquête à futur peut être utile en raison même du non exercice des actions à futur et en l'absence de toute autre mesure qui permette d'assurer la conservation des preuves orales, mais, sans un texte qui suppose l'enquête admise principalement, à quel titre autoriserait-on cette exception à la règle qu'un intérêt né et actuel est requis pour agir ?

L'article 1180 du Code civil, qui autorise le créancier conditionnel à prendre des mesures conservatoires, n'est d'aucun intérêt pour la solution de la question. Cette disposition, d'ailleurs spéciale au créancier dont le droit est suspendu par une moda-

lité, l'autorise à prendre certaines précautions ; l'inscription de l'hypothèque consentie, les actes interruptifs de prescription, les oppositions aux scellés après décès ou faillite, les réquisitions tendant à leur apposition ou à leur levée, les oppositions à partage, les demandes à fin de séparation de patrimoine ou de confection d'inventaire. Ce ne sont là que les plus fréquents des actes que la loi a appelés conservatoires, elle n'en a donné nulle part de liste limitative. Cependant cette qualification ne s'applique qu'à des actes extra-judiciaires, elle ne s'étend pas à ceux qui ne sont plus simplement des moyens de protection, qui constituent en même temps des actes des poursuites, par exemple une saisie-arrêt ou l'exercice des actions du débiteur (1). Une enquête est une procédure judiciaire, les débiteur est appelé en justice pour entendre déposer des témoins sur les faits constitutifs de son engagement. En l'absence même d'une demande sur le fond, il y aurait là une instance. Pareille mesure dépasserait de beaucoup la portée d'actes purement conservatoires (2).

Ce que nous venons de dire s'applique également à l'argument tiré de l'article 125 du Code de procédure.

1. CARRÉ ET CHAUVEAU, p. 1926. DEMOLOMBE t. XXV, n° 52 et 100. AUBRY ET RAU, IV, n° 311.

2. DEMOLOMBE, t. XXX, n° 231 3°.

Dans la contestation, survenue en 1844 entre la ville de Besançon et des particuliers expropriés et exposée plus haut, le tribunal civil refusa d'ordonner l'expertise et l'enquête qui lui étaient demandées dans le but d'établir une base d'appréciation de dommages-intérêts éventuels, parce que, disait-il à bon droit, « les demandeurs ne peuvent trouver le principe d'une telle action ni dans la loi, ni dans une obligation. » C'est à tort selon nous que la Cour a réformé ce jugement en affirmant que l'instruction à futur sollicitée était une mesure conservatoire et en l'autorisant à ce titre.

L'article 2263 du Code civil permet au créancier muni d'un titre encore valable d'en exiger le renouvellement. La personne qui demande à prouver sa créance par une enquête anticipée est par hypothèse dénuée de titre et elle veut qu'il lui en soit constitué un. Ces deux cas sont donc tout différents et le droit de demander une enquête à futur ne saurait résulter implicitement de l'article 2263.

Le système protecteur des droits, établi par notre législation ne contient donc pas admission implicite de mesures d'instruction ordonnées à futur.

On n'est pas plus heureux en invoquant des arguments d'analogie.

Un interrogatoire sur faits et articles peut avoir l'avantage de trancher du premier coup le litige en provoquant un aveu de la partie adverse. Cela jus-

tifie son admission en tout état de cause par l'article 324 du Code de procédure. Le même avantage ne peut résulter de l'administration hâtive d'une preuve quelconque. Le résultat particulier à l'interrogatoire sur faits et articles autorise à croire que cette disposition lui est spéciale et qu'elle a été écrite pour déroger à cet égard à la règle ordinaire.

De même, les articles 193 et suivants et la loi du 3 septembre 1807 relatifs à l'écriture des obligations sous seings privés sont des textes exceptionnels.

Il est de principe dans notre Droit que ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance (art. 1186 C. civ.), que jusque-là le débiteur, ne devant rien, ne peut être l'objet d'aucune poursuite. Or, s'il est assigné avant l'échéance en reconnaissance d'écriture, il sera suivant les expressions de Demolombe (1) « en état de prévention devant la justice, comme un débiteur suspect, dont il n'est pas possible de suivre la foi; mais précisément, sa foi, le créancier l'a suivie, et sa poursuite prématurée, est, en même temps qu'une vexation blessante, dangereuse peut-être pour son crédit, une méconnaissance absolue des conditions du contrat. » Les dispositions, qui pour assurer l'autorité à venir d'un titre autorisent une violation aussi flagrante de la loi du contrat, sont exorbitantes du droit

1. DEMOLOMBE, t. XXV, n° 617.

commun. Elles sont donc d'interprétation stricte, le bénéfice n'en pourrait être réclamé pour établir une obligation verbale ou authentique, ou le bien fondé d'un droit quelconque non encore exigible.

Et si l'on assimilait l'enquête à futur à la vérification des actes sous seings privés, ne devrait-on pas aussi attacher à toute prétention dont la preuve aurait été ainsi fournie par avance en justice l'hypothèque judiciaire qu'accorde la loi de 1807 ? Ce serait là obtenir un résultat déplorable et méconnaître l'origine de cette hypothèque : autrefois toute obligation écrite emportait l'hypothèque générale ; par défiance pour l'acte sous-seings privés, on lui enleva cet effet, mais exception fut faite dans la Coutume de Paris (1) pour le cas où il serait reconnu ou vérifié en justice, et depuis lors l'ordonnance de Villers-Cotterets et les textes en vigueur ont consacré la force hypothécaire du titre privé ainsi reconnu ou vérifié (2).

Il n'est pas exact qu'on puisse assimiler cette procédure, lorsqu'elle est principale, à une enquête à futur. Par application des textes précités, le créancier en vertu d'un acte sous seings privés peut, avant que son droit soit exigible, demander en justice à son débiteur de reconnaître son titre, et, subsidiai-

1. Rédaction de 1510, art. 78.

2. PLANIOL, t. II, n^{os} 2677 et s., 2877 et s.

rement solliciter une vérification d'écriture pour le cas où elle serait déniée ou méconnue par le débiteur. S'il en advient ainsi, le tribunal peut alors, s'il le juge nécessaire, à son choix, procéder lui-même à la vérification, ou rendre un jugement qui indique à l'aide de quels moyens la preuve pourra être faite. Lorsque ceux-ci ont été administrés, les résultats en sont discutés entre les parties et le tribunal déclare que la pièce est fausse ou sincère. Dans ce dernier cas le défendeur, qui succombe, est condamné aux dépens. Il y a donc : une demande principale en reconnaissance dont la demande en vérification n'est que l'accessoire, un débat sur la pièce à vérifier ; enfin la procédure tend non seulement à une mesure d'instruction, mais à une condamnation contre le défendeur, toutes choses étrangères à une procédure d'enquête à futur.

La procédure du faux principal civil, dont l'admission est encore contestée par la jurisprudence (1), quand bien même elle serait reçue dans notre Droit, ne saurait être étendue en dehors du cas d'un acte authentique suspect, et, pas plus que la vérification d'écriture, ne saurait être assimilée à une enquête à futur.

A ceux qui en l'absence d'un texte les y autori-

1. Requêtes 13 février 1860; D. P., 60. 1. 341; 4 mai 1875, S., 75. 1. 272; Civ. cass., 14 janvier 1885; S., 88. 1. 63.

sant, voudraient, comme dit Boncenne (1), dans son langage métaphorique « nous ramener ces nuages lointains, secouer cette vieille poussière sur les préceptes d'une expérience consacrée, sur les textes vivants de la loi », il importe de faire remarquer que l'enquête à futur ne se rattachait dans l'ancien Droit à aucune règle juridique; son utilité seule l'avait fait admettre; la pratique en était restée exceptionnelle, parce que « tel examen se faisant avant la contestation en cause était contraire au Droit civil (2). » De nos jours comme autrefois, une mesure d'instruction est un moyen employé par un tribunal pour s'éclairer sur des faits litigieux, le principe est qu'elle ne peut faire l'objet d'une demande principale et il n'y pourrait être apporté de dérogation que par l'effet d'un texte catégorique.

**Nos institutions judiciaires ne se prêtent pas à une
procédure d'enquête à futur,**

Si l'on veut ressusciter l'enquête à futur, pour être logique, il la faut prendre telle qu'elle était autrefois : elle sera autorisée sans débat, le défendeur ne pourra faire de contre-enquête.

L'expérience de l'histoire nous a appris combien l'usage d'enquêtes anticipées ordonnées sans exa-

1. T. IV, p. 262.

2. DESPEISSE, II, titre X, sect. II, art. 3. *Enquête* n° 54.

men sérieux, était peu compatible avec les règles de l'ordonnance de Moulins qui restreignaient le rôle de la preuve orale. Ces dispositions améliorées en la forme et étendues ont passé dans l'article 1341 du Code civil. Avec une renaissance de l'ancienne procédure, ce texte ne serait pas plus respecté que ne l'était l'ordonnance de Moulins avant 1667.

L'absence du droit de contradiction dans l'examen à futur, déjà signalée comme regrettable par le Président de Lamoignon ne serait plus admissible aujourd'hui. Le principe de l'égalité entre les parties est à la base de notre Droit et il est particulièrement rigoureux en matière de preuves. « La preuve contraire, dit Boncenne (1), est de droit, c'est-à-dire qu'elle peut être faite par le défendeur, quand bien même le jugement qui ordonne l'enquête serait muet à cet égard. » Notre jurisprudence refuse de considérer comme valable un moyen de preuve fourni sans que les parties aient été appelées à y contredire (2). Elle va même jusqu'à interdire à un tribunal d'ordonner l'enquête sollicitée lorsque l'imprécision des faits articulés mettrait le défendeur dans l'impossibilité de faire la preuve contraire (3).

1. T. IV, p. 237.

2. Cass., 25 mai 1886, D. P., 87.1.488. Cass., 20 nov. 1899. D. P., 90.1.54.

3. Cass. 16 décembre 1823, Dalloz, J. G., v° *Obligation*, n° 4619, note 1. Besançon, 2 décembre 1896, D. P., 97.2.25,

L'ancien examen à futur serait donc sollicité au mépris des règles fondamentales de notre Droit.

Aussi ses partisans ont-ils hésité à aller jusque-là et ils ont créé de toute pièce une procédure d'enquête à futur (1) :

L'autorisation d'y procéder ne sera pas obtenue de l'arbitraire du juge saisi ou de lettres de chancellerie accordées avec la plus déplorable facilité. Il sera nécessaire de justifier au préalable devant le tribunal l'urgence de la mesure que l'on sollicite, le danger de voir des témoins disparaître, leur souvenir ou leurs bonnes dispositions s'altérer, et d'établir aussi la légalité de ce moyen de preuve, car il est entendu qu'il sera reçu seulement dans les cas où la preuve testimoniale elle-même est admissible. L'enquête à futur ne sera ordonnée qu'après débat contradictoire et par un jugement motivé.

L'audition des témoins se fera dans la forme habituelle et notamment elle sera contradictoire, non seulement le défendeur appelé à y assister pourra faire interroger les témoins produits par son adversaire, mais il aura aussi la faculté de faire procéder à une autre enquête pour établir la preuve contraire sur les faits admis en preuve.

L'article 1341 sera appliqué, les droits de la dé-

1. GLASSON SUR BOITARD, n° 471, note 1. BONNIER, n°s 250 et s. GARSONNET, III, n° 856,

fense seront sauvegardés. Dans de telles conditions les inconvénients dont se plaignait de Lamoignon ne se reproduiraient plus aujourd'hui. Ces auteurs en concluent que dans une législation aussi peu formaliste que la nôtre, ne pas permettre à une personne, qui y a un intérêt sérieux, de recueillir ses preuves par avance, alors que cette mesure peut se plier aux exigences de notre droit, serait bien rigoureux en l'absence d'un texte qui prohibe les mesures d'instruction demandées à titre principal.

Tout le monde reconnaît qu'il devrait être statué sur la demande d'enquête à futur par le tribunal après débat contradictoire, il y aurait là une véritable instance. Essayons d'y adapter notre procédure :

Le demandeur à l'enquête devra d'abord justifier qu'il a un intérêt né et actuel à faire entendre de suite ses témoins. Suffira-t-il qu'il soit titulaire d'un droit exigible et qu'il soit menacé de perdre ses moyens de preuve dans un bref délai (1) ?

Il pourra écarter le préliminaire de conciliation par application de l'article 49 2° du Code de procédure, sa demande requérant célérité. Il assignera donc directement l'adversaire éventuel.

L'exploit devra contenir l'indication du tribunal qui doit connaître de la demande (art. 61 du Code de procédure civile). De graves difficultés surgissent

1. GARSONNET, I, n° 298.

lorsqu'il s'agit de déterminer ce tribunal. Sa compétence dépendra du caractère réel ou personnel, du montant de la « demande ». Dans l'impossibilité d'apprécier à ces points de vue la mesure d'instruction désirée, faudra-t-il considérer la prétention dont l'exercice est réservé pour l'avenir ? Devra-t-on dès maintenant arrêter le montant pour lequel on la fera valoir ? Mais il peut varier, il peut même ne pas être encore calculable ; ainsi, dans le cas de l'arrêt de Besançon de 1844, plus haut cité, les expropriés voulaient obtenir une base d'appréciation des dommages que la ville pourrait leur causer dans la suite. Le tribunal qui devra connaître de l'affaire sera celui du domicile du défendeur, mais du domicile actuel ou de celui qu'il aura lors de la demande au fond ? Ce sont là des éléments que le demandeur ne sera pas toujours à même de préciser, le défendeur aura beau jeu pour contester la compétence et le tribunal pourra se déclarer incompétent sur un litige qui n'existe pas encore ?

Aux termes de l'article 61 « l'exploit d'ajournement contiendra l'objet de la demande, l'exposé sommaire des moyens ». Le législateur a voulu que dès le début de l'instance la partie adverse sache bien ce qu'on lui veut, qu'elle puisse dès ce moment prendre parti en connaissance de cause, parce que si elle n'est pas mise à même de contester ou d'acquiescer, le tribunal ne doit pas s'occuper de l'affaire ; son rôle

étant de trancher les différends, on ne peut le faire intervenir lorsque l'on ignore sur quoi porte le différend, si même il y en aura jamais un.

Ici, l'objet de la demande étant exclusivement une audition de témoins sur les faits articulés, en quoi l'assignation donnerait-elle au défendeur des éléments de contradiction ? Le fond est réservé, les prétentions à venir du demandeur ne sont pas formulées ; l'adversaire, qui les ignore, peut acquiescer à la demande d'enquête parce qu'il ne prévoit pas les conséquences juridiques des faits articulés, il peut y résister par défiance alors qu'il serait prêt à acquiescer aux prétentions du demandeur si elles étaient exprimées. La position qu'il prend à la demande d'enquête, ne peut fonder aucune induction sur celle qu'il prendra plus tard au moment du procès. Même s'il adhère à l'enquête, le tribunal n'en devra pas moins statuer, car autrement le défendeur aurait toujours un moyen commode d'écarter une mesure d'instruction qu'il a tout lieu de craindre. Il pourra y avoir une instance sans contestation même apparente.

Le défendeur ne peut formuler qu'une contradiction : c'est prétendre en réponse à la demande d'audition de témoins qu'il n'y a pas lieu pour le tribunal de l'ordonner. On ne saurait, parce qu'une enquête est demandée à futur, la soustraire aux règles générales des enquêtes; or tel est bien le caractère des dispositions de l'article 253 du code de pro-

cédure, car ce texte ne peut être soupçonné comme l'article 252 de statuer de *eo quod plerumque fit*, ou de résoudre une question de tarif.

La loi dispose qu'une enquête ne pourra être ordonnée que sur des faits admissibles, c'est-à-dire pertinents et concluants, qui concernent le procès et qui, une fois, justifiés seront déterminants pour le jugement de la cause. Afin d'apprécier si les faits articulés présentent ces caractères, force sera donc au juge d'examiner leur influence sur le litige éventuel, de connaître celui-ci; bien mieux, il laissera entrevoir l'issue de l'affaire, car autoriser l'enquête sur certains faits c'est reconnaître implicitement que, si leur existence est établie, la partie qui en a requis la preuve devra plus tard triompher dans ses prétentions. Sans doute, peut-on dire, un jugement avant dire droit ne statue pas irrévocablement en ce qui concerne la valeur des faits articulés (1) et il en serait de même pour le jugement qui ordonnerait une enquête à futur : le juge ayant pleine liberté de statuer selon sa conscience pourrait décider plus tard sur le fond autrement que ne le faisait prévoir sa décision antérieure, si son opinion s'est depuis modifiée. Mais il n'en est pas moins vrai que l'autorisation de produire des

1. GARSONNET, t. III, n° 470. — Requête, 6 janvier 1891, D. P. 91.1.479 ; 3 août 1896, D. P., 96.1.862 et 10 juillet 1900, D. P., 1900.1.471.

témoignages n'en établirait pas moins une présomption, elle laisserait deviner l'opinion du tribunal sur le fond du procès, et par suite son issue probable.

L'article 263 prescrit de n'entendre de témoins que sur les faits déniés par l'adversaire. Mais celui-ci avant tout litige peut-il être obligé de se prononcer ? L'y forcer serait entamer le fond du procès, il faudrait à cet effet autoriser une action interrogatoire ?

Une autre condition requise est la légalité de la preuve orale en l'espèce : Les faits articulés sont-ils juridiques ou matériels ? Ne vont-ils pas à l'encontre ou au delà de ce qui est exprimé en un acte écrit (1) ? Si c'est une convention, quelle est la valeur de son objet ? A défaut d'écrit, tel manuscrit a-t-il la valeur d'un commencement de preuve (2) ? Voilà les questions sur lesquelles le juge devra se prononcer avant d'ordonner l'enquête à futur. Et, pour pouvoir statuer en connaissance de cause, il ne lui suffira pas de savoir sur quels faits la preuve est requise, il devra être mis au courant de la situation d'où peut sortir un litige, il lui sera indispensable d'examiner le fond. Il devra prendre une décision sur la légalité de la preuve et il est toujours lié par une pareille décision, il ne peut revenir sur elle sans violer l'au-

1. Art. 1341, C. civ.

2. Art. 1347, C. civ.

torité de la chose jugée (1) : Après avoir décidé par exemple que l'enquête doit être reçue parce que le fait juridique dont la preuve est réclamée a des effets inférieurs à 150 francs, il ne pourrait lors de la contestation au fond, si ces effets étaient devenus supérieurs à cette somme, décider ensuite que la preuve par témoins n'est pas permise. Sur ce point il n'y aurait pas seulement préjugé, mais chose jugée.

Enfin, lorsqu'en exécution de la décision ordonnant une enquête les témoins ont été entendus et un procès-verbal rédigé, de droit commun un jugement devrait terminer l'instance. Dans l'hypothèse d'une enquête à futur il peut n'y avoir pas litige ; sur quoi statuera le jugement (2) ? quel sera son effet ? donnera-t-il son autorité aux points qui ont été judiciairement établis ? En pareil cas si le demandeur les invoque plus tard comme constitutifs de droit, la partie qui a été défenderesse à l'enquête ne pourra en ébranler la vérité par respect pour l'autorité de la chose jugée. Mais elle était en état d'infériorité pour faire la preuve contraire à l'instruction anté-

1. GLASSON, t. I, p. 345. DALL. *Répertoire, Chose jugée* n° 33, et *Jugement avant dire droit*, nos 10 et s.

Cassation, 5 août 1868, D. P., 68.1.454. Requêtes, 29 juillet 1878, D. P., 78.1.263. Cassation, 4 juin 1872, D. P., 73.1.486 ; 29 juillet 1873, D. P., 74.1.263. Requêtes, 10 juillet 1900, D. P., 1900.1.471.

2. DEMOLOMBE, t. XXX, n° 231.

rieure puisqu'il pouvait lui être impossible de prévoir les conséquences des faits articulés, le parti qu'on en pourrait tirer contre elle, lui refuser le droit d'en contester plus tard la vérité, n'est-ce pas porter atteinte aux droits de la défense ?

Ainsi : les conditions et la marche régulière de notre procédure ne peuvent être appliquées à une demande d'enquête fournie à titre principal ; notre organisation judiciaire donnant aux tribunaux permission de statuer sur les contestations déjà nées, sur des conclusions contraires, il faudrait un texte pour y ajouter celle de préparer aux parties des titres destinés à appuyer des demandes ultérieures ; c'est en vain qu'en respectant les prescriptions de nos lois, on chercherait à isoler la mise en œuvre de la preuve par témoins d'une contestation au fond. Le silence des textes ne peut donc être interprété en faveur de l'admissibilité d'une procédure d'enquête à futur, nous sommes bien contraints de nous en tenir à la lettre de l'article 252 du Code de procédure et de considérer que l'enquête doit être accessoire à un procès pendant.

**Argument tiré de l'admission par la jurisprudence
d'expertises à futur. Réfutation.**

On nous fera probablement remarquer que les tribunaux se sont permis d'ordonner des mesures

d'instruction à futur sans que cela ait soulevé les difficultés que nous avons signalées à propos de l'enquête.

La jurisprudence ne nous offre qu'un seul cas d'admission d'une enquête à futur, celui de l'arrêt de Besançon du 31 août 1844, dont nous avons plus haut réfuté les motifs et sur lequel nous ne reviendrons pas. Mais sans parler de cette décision, la jurisprudence a donné suite à des demandes d'expertise formées à titre principal en première instance.

La preuve testimoniale n'est pas en effet le seul élément de conviction dont une partie puisse redouter la perte. Elle peut éprouver un préjudice résultant d'un état de fait passager, aisément modifiable, dont une constatation immédiate par un homme de l'art et contradictoirement avec l'adversaire éventuel peut seule assurer la preuve.

Cette mesure d'instruction connue sous le nom d'expertise, n'avait pas été admise à futur par notre ancien Droit. Les articles 302 et suivants du Code de procédure, qui en traitent, la supposent ordonnée accessoirement à une demande en paiement de dommages et intérêts, et pour en établir le bien-fondé.

Des arrêts ne l'ont-ils pas autorisée en l'absence de tout litige, afin de constater les dégradations commises par un locataire, un voisin, un concessionnaire de mines et pour servir de base à une demande ultérieure en réparation du préjudice causé? On peut

citer en ce sens l'arrêt de cassation du 20 mars 1835 (1), le jugement du tribunal de Fontainebleau du 13 juillet 1864 (2) et l'arrêt de la Cour de Lyon du 5 juillet 1887 (3). Si l'on en croyait cette jurisprudence, notre organisation judiciaire ne serait pas hostile à ce qu'une mesure d'instruction puisse faire l'objet d'une demande principale.

Il convient tout d'abord de réserver le plus récent de ces arrêts car malgré quelque apparence, il n'a pas été rendu dans le sens de cette opinion : « En ce qui touche le moyen tiré de ce qu'une demande de nomination d'experts ne saurait faire l'objet d'une action principale, sans doute, dit la Cour de Lyon, cette proposition est exacte, mais seulement quand l'expertise est l'objet unique de la demande... La Compagnie défenderesse savait parfaitement ce qui lui était demandé, ainsi qu'elle le déclare elle-même dans ses conclusions, où on lit : « qu'il s'agit d'une question la responsabilité, savoir quelle était celle des deux compagnies qui n'avait pas soutenu le toit de la mine » ; qu'il lui était donc loisible, ou de résister à la demande ou d'y acquiescer et de faire offre après s'être reconnue responsable, ou de payer la

1. SIREY, 1845.2.626.

2. D. P., 1865.3.21.

3. DALLOZ. Supplément, *Expertise*, n° 8. *Moniteur de Lyon*, 18 septembre 1885.

somme nécessaire pour la réparation des dommages qui déterminés par B..., dans son assignation pouvaient facilement être appréciés par ladite Compagnie. » Estimant à tort ou à raison, en présence de cette situation, que l'instance au fond était engagée, la Cour n'a statué favorablement à la demande d'expertise que parce qu'elle la considérait comme accessoire à une contestation déjà née.

L'argument tiré des autres arrêts est aujourd'hui détruit : Une nouvelle jurisprudence a reconnu l'impossibilité d'obtenir cette mesure d'instruction par voie principale ; elle a pour point de départ un arrêt de la Cour suprême ainsi conçu : « Attendu que l'expertise est un moyen d'instruction pour éclairer les tribunaux sur la solution d'une demande principale qu'elle suppose nécessairement ; qu'il appartient, en effet, aux juges d'apprécier souverainement si cette mesure est nécessaire ou utile, de la prescrire ou bien de la rejeter et en ce cas de statuer immédiatement au fond ; que d'autre part il importe au défendeur de connaître dès le début du procès, ce que son adversaire entend lui demander, afin de pouvoir décider de suite et sans procédure, s'il doit acquiescer ou contester ; d'où il suit qu'une demande de nomination d'expert ne saurait faire l'objet unique d'une action principale ; qu'en décidant qu'une semblable demande, formée par le demandeur en cassation, n'était pas recevable, l'arrêt attaqué n'a

violé ni l'article 61 du Code de procédure civile, ni les principes de la matière (1). »

La Cour de Lyon dans son arrêt du 5 juillet 1887 s'est, nous l'avons vu, défendue de méconnaître ces principes et la jurisprudence les a toujours appliqués depuis (2). Elle vient donc confirmer ce que nous disions : une mesure d'instruction suppose qu'il y a déjà contestation en cause.

Les procédures exceptionnelles des ordonnances sur référé et sur requête ne sont pas applicables aux enquêtes à futur.

Cette règle ne souffre-t-elle pas exception ? Parer au danger de disparition que court un moyen de preuve, cela ne rentre-t-il pas dans le rôle et les attributions du juge des référés ? L'article 806 du Code de procédure lui donne compétence pour ordonner les mesures utiles dans « tous les cas d'urgence ». Les auteurs sont unanimes à reconnaître que le point de savoir s'il y a urgence est uniquement une question de fait, souvent même une « question de milieu » (3). La Cour suprême a expressément déclaré que la loi a abandonné à l'appréciation discrétionnaire et sou-

1. D. P., 1887.1.164.

2. Saint-Calais, 26 mars 1887, D. P., 87.3.111.

Orléans, 29 juillet 1896, D. P., 97.2.209.

Requêtes, 6 février 1900, D. P., 1900.1.167.

3. D., Supplément, v^o *Référé*, n^o 21.

veraine du juge des référés les cas divers d'urgence qui peuvent déterminer sa compétence (1).

Parmi ces cas semble se ranger naturellement celui où les preuves d'une partie sont menacées d'un péril imminent ; aussi des auteurs et des praticiens ont attribué au magistrat exerçant cette juridiction la faculté d'ordonner à futur toutes les mesures d'instruction possibles (2).

Les présidents des tribunaux importants, suivant la pratique consacrée par le président de Belleyme (3) ordonnent de véritables expertises *in futurum* pour constater un état de lieux en vue de procès possibles entre propriétaires voisins, entre propriétaire et architecte, entre bailleur et locataire (4). En matière d'assurances la Chambre des requêtes a déclaré formellement que l'urgence constatée justifie la compétence du juge des référés de la ville où le sinistre s'est produit pour nommer un expert, les droits des parties réservés (5). La même solution est

1. Requête, 14 mars 1882, D. P., 82.1.241. Req., 10 juillet 1882, D. P., 83.1.161.

2. DE BELLEYME, *Ordonnances sur requêtes et sur référés*, t. II, p. 36. BERTIN, *Ordonnances de référé*, n° 316. GLASSON, I, p. 571.

3. GLASSON, I, p. 375 ; II, p. 305 et 318.

4. Bordeaux, 11 février 1890, D. P., 91.2.103. Paris, 27 décembre 1836, DALLOZ, Répertoire, *Expertise*, n° 28, 1^{er} juin 1869. *Journal des avoués*, t. 95 p. 23.

5. Requête, 22 mars 1880, D. P., 81.1.342 ; 12 février 1889, D. P., 92.1.382 ; 30 octobre 1889, D. P., 90.1.106.

donnée pour faire inventaire et estimer le matériel d'une société en liquidation et régler les comptes des associés (1). L'utilité de ces solutions est évidente, si certains faits n'étaient pas immédiatement constatés, il serait plus tard absolument impossible d'en fournir une preuve.

La même opportunité se rencontrerait en d'autres cas : soit un témoin essentiel qui est sur le point de s'expatrier ou en danger de mort, plus tard lorsque le procès naîtra il ne sera plus possible d'obtenir la déposition. Le même motif militerait donc en faveur de la compétence du juge des référés pour ordonner une enquête à futur.

Malgré tout, la jurisprudence n'est pas allée jusque là. Pour si extensible que soit la compétence du magistrat statuant en référé, elle est cependant soumise à une règle limitative. L'article 809 du Code de procédure civile déclare en effet que « les ordonnances sur référé ne feront aucun préjudice au principal ». Ce texte interdit au juge l'examen des prétentions au fond ; son pouvoir d'apprécier l'opportunité des mesures qu'on lui demande ne peut s'appliquer qu'à des mesures provisoires et ne préjudgeant pas la solution du procès.

C'est l'avis de nombreux auteurs (2) et on l'entend

1. Requêtes, 20 juillet 1893, D. P., 93.1.597.

2. CHAUVEAU SUR CARRÉ, III, p. 1155 ; DUTRUC, *Commentaire* « Référé », n° 109. DALL. *Répertoire*, « Expertise », n° 29.

bien ainsi dans la pratique judiciaire comme l'indique la formule de toute ordonnance de référé « au principal, renvoyons les parties à se pourvoir ». Par application de ce principe, la jurisprudence n'admet le juge des référés à ordonner une expertise que si celle-ci permet de réserver les points litigieux (1). Il est reçu que le juge de droit commun en ordonnant une expertise autorise les hommes de l'art à entendre des témoins et à recueillir leurs déclarations à titre de simples renseignements (2). Mais, aux termes de l'arrêt de Bordeaux du 11 février 1890 (3), le juge des référés ne peut autoriser les experts à recueillir des renseignements parce qu'une telle instruction des faits de la cause excéderait ses pouvoirs comme étant de nature à préjuger le fond.

Que serait-ce s'il avait ordonné une enquête proprement dite ? C'eût été déclarer admissibles les faits dont la preuve était demandée, statuer sur la légalité de la preuve par témoins en l'espèce de la cause. Tandis que la jurisprudence distingue les jugements ordonnant une expertise en préparatoires et interlocutoires, elle ne nous offre en matière d'enquêtes

1. BOURGES, 7 avril 1832. *Journal des avoués*, t. XLIII, p. 594. Requête, 30 novembre 1889, D. P., 90.1.163 ; Requête, 20 juillet 1893, D. P., 93.1.597.

2. Cassation, 27 novembre 1857. S., 58.1.377 ; 31 juillet 1872, S., 73.1.20 ; 6 novembre 1888, D. P., 89.1.230.

3. D. P., 91.2.103. — *Contra* : GLASSON, 1902, t. I, p. 571.

sollicitées par les parties que des jugements interlocutoires (1), parce qu'à la différence de l'expertise, l'enquête autorisée sur demande préjuge toujours le fond (2). Aussi n'est-il pas étonnant qu'il n'y ait point d'exemples d'enquête à futur en référé.

Une audition hâtive de témoins peut-elle être demandée avec plus de chances de succès par voie de requête?

L'article 54 du décret du 30 mars 1808 prescrit de présenter au Président « toute requête à fin d'arrêt ou de revendication des meubles ou marchandises ou autres mesures d'urgence ».

« Il n'est guère contesté, dit Garsonnet, on ne cite qu'un seul arrêt en sens contraire (Paris, 6 janvier 1866, D. P., 66.2.27), que les parties aient le droit de s'adresser au président dans tous les cas qui exigent une décision immédiate, et que celui-ci ait le devoir, non pas de faire droit à leur requête, mais d'y répondre. » Dans le même sens Bertin dit : « Pour venir au secours des droits qui auraient pu périr si les formalités ordinaires avaient dû être observées, le législateur affranchit les parties intéressées des exigences ordinaires de la loi, et confère au président le pouvoir d'ordonner sur requête, les

1. DALL. *Supplément* « Jugement avant dire droit », n^{os} 33 et 36.

2. GLASSON, 1902, I, p. 344 et 573.

mesures conservatoires qu'il juge utile d'autoriser(1). » On le voit, le texte de ce décret est très large et il est interprété extensivement par les auteurs. Il permet semble-t-il de sauvegarder un moyen de preuve dont le dépérissement est à craindre, et cette opinion peut s'appuyer sur une disposition du Code de commerce : Le voiturier doit durant le transport veiller à la conservation des marchandises ; il est responsable de leur avarie tant à l'égard de l'expéditeur que vis-à-vis du destinataire en faveur duquel il a été stipulé (art. 103 C. de com. et 1121 C. civ.) ; l'article 106 dispose : « en cas de refus ou de contestation pour la réception des objets transportés, leur état est vérifié et constaté par des experts nommés par le président du tribunal de commerce, où à son défaut par le juge de paix, et par ordonnance au pied d'une requête ». C'est une expertise « *in futurum*, effectuée avant tout litige, ses résultats serviront à fonder plus tard une demande en indemnité.

On est amené à se demander si l'article 54 du décret de 1808 n'a pas été écrit pour donner au président du tribunal la mission d'assurer la conservation des preuves dans les matières qui sont l'objet de sa compétence et si l'article 106 du Code de commerce n'en est pas seulement une application. S'il

1. BERTIN. *Ordonnances sur requête*, n° 18.

en était ainsi, l'on obtiendrait par requête l'enquête à futur qui est refusée en référé.

Rien ne nécessite une pareille interprétation du décret de 1808 : Ce texte permet une ordonnance du président rendue à l'insu de l'adversaire sans aucune procédure contradictoire, à la différence du référé. Par cela seul il ajoute quelque chose aux pouvoirs personnels du président, à côté de la juridiction contentieuse des référés, il lui attribue un pouvoir discrétionnaire qui ressemble de bien près à une juridiction gracieuse (1).

Rien n'autoriserait une pareille extension de ses attributions : nous croyons avoir démontré combien peu une production anticipée de témoignages pouvait être assimilée aux « mesures conservatoires ». Peut-être est-ce là le caractère de l'expertise ordonnée par requête dont il est parlé à l'article 106 du Code de commerce ; mais remarquons que le texte général en matière d'expertises commerciales est l'article 429 alinéa 2 du Code de procédure civile. L'article 106 du Code de commerce est exceptionnel et doit être interprété restrictivement. On comprend d'ailleurs que l'expertise demandée suivant les termes de cet article puisse être utilisée dans un débat ultérieur : d'après la Cour de cassation en matière commerciale (2),

1. GARSONNET, t. VII, n° 2981.

2. Cassation, 9 avril 1869, D. P., 70.1.14 ; Cassation, 9 janvier 1877, D. P., 77.1.351 ; Cassation, 17 novembre 1891, D. P., 95.1.149

la loi n'a établi aucune restriction à la liberté du juge pour apprécier la valeur d'un élément de preuve et cela permet d'opposer à une partie des expertises qui n'ont pas été contradictoires. Les mêmes raisons ne militent pas au civil en faveur de l'admission d'une telle mesure d'instruction.

D'ailleurs, comme nous l'avons vu, on ne peut raisonner par analogie de l'expertise à l'enquête et la pratique n'offre pas d'exemple d'une audition de témoin permise à futur contradictoirement en référé. A plus forte raison un président de tribunal n'autorisera pas une déposition provisoire au moyen d'une procédure unilatérale, pareille pratique serait plus dangereuse encore : la présence d'une seule des parties influencerait souvent sur les souvenirs des témoins et sur les termes de leurs déclarations ; de plus, on ne peut choisir un expert, on peut choisir un témoin.

Ainsi le futur plaideur ne peut pas plus par voie de requête qu'au moyen d'une procédure véritablement contentieuse obtenir que la preuve orale de ses prétentions soit recueillie en justice quand il n'y a point encore contestation.

Cas exceptionnels d'enquêtes à futur.

Nous avons vu quelles raisons s'opposent à l'émission des enquêtes à futur dans notre droit : En l'absence de texte les y autorisant nos tribunaux rem-

pliraient un rôle pour lequel ils n'ont pas été institués ; en l'état de notre législation une pareille mesure préjugerait le fond. Ces deux motifs commandent la prohibition, mais en marquent aussi les limites : Il sera possible de faire entendre des témoins par anticipation lorsque pareilles objections ne pourront être élevées, soit que le législateur les ait prévues, soit qu'il n'y ait pas véritablement instruction à futur.

Nous voulons parler de l'hypothèse où un jugement avant dire droit, ayant ordonné une enquête, est frappé d'appel ; de droit commun l'exécution de cette décision, la production de la preuve orale, sont retardées jusqu'à ce qu'il ait été statué sur l'appel. Peut-être l'adversaire exerce-t-il cette voie de recours seulement parce qu'il espère voir disparaître d'ici là les témoignages qu'il redoute. Les lenteurs de la procédure rendent utile une audition de témoins immédiate. Le législateur de 1667 n'avait pas cru qu'une pareille précaution puisse entraîner les inconvénients des examens à futur et tandis qu'il interdisait ces derniers, il prescrivait que les jugements ordonnant enquête seraient exécutés « nonobstant opposition, appellations... ».

De sérieux arguments peuvent être allégués pour repousser aujourd'hui cette solution. Le législateur de 1806 a répété presque mot pour mot dans l'article 257 du Code de procédure civile l'article 2 du

titre XXII de l'ordonnance de 1667, mais à l'exception de cette disposition. Le motif de ce changement, dit Pigeau, « a été qu'il est arrivé plusieurs fois sous cette ordonnance que l'on se décidait à confirmer un jugement qui admettait une preuve testimoniale, parce que lors du jugement d'appel, la preuve était faite et qu'elle était concluante. »

L'article 135 du Code de procédure énumère les cas d'exécution provisoire. Ce texte déroge au principe général que l'appel est suspensif et, à ce titre, il semble qu'on doive l'interpréter restrictivement : l'enquête ne pourra bénéficier de cette faveur que si l'affaire dans laquelle elle a été ordonnée se trouve classée parmi les exceptions de la loi, ainsi quand le procès porte sur des réparations urgentes, mais l'utilité qu'il peut y avoir à recueillir au plus tôt la preuve orale n'est pas par lui-même un motif d'exécution provisoire. C'est bien ainsi qu'il faut l'entendre, disent plusieurs auteurs ; puisque ce texte est exceptionnel, son énumération est limitative et on ne voit pas qu'il soit permis d'ajouter un nouveau cas à ceux indiqués (1).

D'autres juristes (2) ont passé outre à ces considérations de texte. Carré, qui rejette les demandes

1. DALLOZ, *Répert*, v^o *Enquête*, n^o 151 ; BONGENNE, t. IV, p. 258 ; GARSONNET, t. VI, n^o 2104.

2. BONNIER, p. 230 ; RODIÈRE, I, p. 392 ; CARRÉ, II, p. 992.

d'instruction formées avant contestation en cause, ne doute pas qu'en ce cas « l'enquête puisse être faite, mais après le jugement du tribunal qui le permet, et sous la condition qu'elle demeure close entre les mains du juge commissaire, pour n'être délivrée à la partie qu'au moment où il lui sera permis d'en faire usage, c'est-à-dire lorsque les juges d'appel auront prononcé. » Contrairement à l'opinion de Pigeau, on peut ajouter que si l'existence d'un procès-verbal d'enquête peut influencer les magistrats de la cour, on pourrait en dire autant du jugement dont il est appelé, celui-ci n'a-t-il pas établi une présomption en faveur de l'intimé ?

Les seules décisions que nous ayons sur la question ont été rendues en ce sens (1): « Considérant, dit la cour de Nîmes, que l'issue de la contestation élevée entre les parties est subordonnée au résultat de la preuve ordonnée par le tribunal de première instance ; que l'appel du jugement qui l'a admise, étant soumis à un tour de rôle, peut traîner en longueur et pendant sa durée la preuve dépérir ; qu'il ne serait pas juste que le sieur C... fût privé par cette circonstance des moyens de la faire, mais qu'en les lui procurant, la Cour ne doit en aucune manière

1. Nîmes, 6 janvier et 29 mars 1808. — DALL. *Rép.*, *vo* *Enquête*, n^{os} 151 et 152. — Soissons, 25 janvier 1827 rapporté par CHAUVEAU sur CARRÉ, t. II, q. 992.

préjudicier aux droits de Ch..., ni autoriser aucune induction qui pourrait être tirée contre l'appel, ou sur le mérite de l'action au fond, avant qu'elle ait statué définitivement sur cet appel, et que ce but sera atteint, si l'enquête parachevée demeure close entre les mains du juge-commissaire qui y procédera, pour n'être délivrée à la partie qu'au moment où il lui sera permis d'en faire usage (1). »

C'est bien à tort qu'une pareille mesure a été qualifiée d'enquête à futur (2), puisqu'elle suppose qu'il y a eu exercice de l'action et contestation en cause. Et nous croyons qu'une partie, dans son exploit introductif d'instance ou dans ses conclusions, peut demander, pour le cas où le tribunal ordonnerait une enquête que sa décision emporte exécution provisoire. Pas plus aujourd'hui qu'en 1667 les raisons d'interdire les enquêtes à futur ne s'opposent à ce que le tribunal, qui autorise une audition de témoins, ordonne qu'il y sera procédé nonobstant appel : les juges, saisis du litige au fond, en connaissent et ils peuvent le préjuger en décidant que la preuve orale sera administrée de suite, il y aura là une mesure d'instruction incidente au procès pendant.

1. Arrêt du 29 mars 1808.

2. BONCENNE, IV, p. 158. DUTRUC, Supplément à CARRÉ ET CHAUVÉAU.

Si l'intéressé n'a pas sollicité du tribunal l'exécution provisoire avant le jugement d'avant dire droit, peut-il ensuite l'obtenir ? Le tribunal de première instance ne peut l'accorder par un deuxième jugement, l'article 136 du Code de procédure le lui défend, même au cas où il aurait omis de se prononcer sur la demande qui en avait été faite. Nous supposons d'ailleurs que l'adversaire a interjeté l'appel, or l'appel dessaisit complètement le juge du premier degré. L'affaire est dévolue à la juridiction supérieure ; il est interdit de présenter devant elle pour la première fois des demandes nouvelles ; mais cette règle ne concerne pas les demandes accessoires ou connexes dont la cause est postérieure au jugement frappé d'appel (1). Or la demande d'exécution provisoire est un accessoire de la demande, elle n'en modifie pas l'objet, elle en dérive, et peut être fondée sur un danger apparu depuis le jugement de première instance. Aussi la jurisprudence est-elle bien fixée en ce sens que cette demande peut être formée pour la première fois devant la juridiction d'appel (2). Celle-ci pourra l'ordonner aux termes de l'article 458 « à l'audience et par simple acte » avant de statuer

1. GARSONNET, t. VI, p. 84.

2. Caen, 25 août 1858, D. P., 59.2.79. Nancy, 31 octobre 1872, D. P., 73.5.246. Paris, 1^{er} octobre 1873, D. P., 74.2.187. Pau, 21 mars 1888, D. P., 88.2.257. Rennes, 31 juillet 1894, S., 97.2.147.

sur le bien-fondé du recours. L'exécution provisoire du jugement ordonnant une enquête pourra donc toujours être utilement requise en appel, ainsi que l'a décidé autrefois la Cour de Nîmes dans l'arrêt ci-dessus rapporté.

Il ne faudrait pas aller plus loin et donner la même solution, lorsqu'un jugement ayant refusé à une partie l'administration de sa preuve par témoin, celle-ci a interjeté appel. Dans cette espèce, le jugement ayant rejeté l'enquête, il faudrait par provision ordonner le contraire. Cette mesure d'instruction n'aurait plus le caractère d'incident, pour que des magistrats puissent l'ordonner, il faudrait qu'ils aient reçu mission de ménager des preuves aux parties, indépendamment et malgré leur sentiment sur le fond (1). L'enquête immédiate sollicitée par la partie déboutée de sa demande serait un véritable examen à futur.

Nous croyons que ce que nous avons dit s'applique à l'exécution provisoire nonobstant opposition. Cette mesure de précaution peut être accordée par le tribunal « s'il y a péril en la demeure » (art. 155 C. proc. civ.) dans le jugement ordonnant enquête, ou postérieurement lorsque l'affaire revient devant lui sur l'opposition du défaillant (2).

1. CARRÉ, t. II, p. 993.

2. Paris, 24 avril 1849, D. P. 49.2.160.

Ainsi, lorsqu'un jugement rendu sur le fond du litige ordonne une enquête, l'on peut obtenir son exécution provisoire pour parer au danger du dépérissement des preuves.

Quant à l'enquête à futur proprement dite, c'est-à-dire avant contestation en cause, comme elle ne peut être, nous l'avons vu, dans nos institutions judiciaires qu'une procédure anormale, il faut, pour qu'elle soit reçue, un texte catégorique. Nous en trouvons un semblable dans notre législation récente des accidents du travail : la loi du 9 avril 1898, complétée par celle du 22 mars 1902, rétablit dans ce domaine l'ancien examen à futur sous une forme toute nouvelle.

Aux termes de ces textes, lorsqu'un ouvrier a éprouvé une lésion ayant entraîné une incapacité de plus de cinq jours, son patron doit déposer à la mairie une déclaration et un certificat médical. Le juge de paix, auquel ces pièces sont transmises dans un bref délai, est tenu de procéder à une enquête dans les vingt-quatre heures s'il entrevoit que l'accident puisse entraîner une incapacité définitive chez la victime (art. 12). Cette condition sera remplie, soit que les intéressés aient déposé des certificats contradictoires dont l'un affirme ou même seulement réserve le caractère permanent de la lésion, soit que le seul certificat produit ne soit pas affirmatif sur le caractère exclusivement temporaire de l'incapacité

survenue, soit qu'en l'absence de toute pièce de ce genre, la victime décède, ou même que le juge de paix ait « acquis la conviction personnelle d'une blessure susceptible d'entraîner une incapacité permanente (1). »

Il sera ainsi procédé à une enquête avant même que les intéressés aient été appelés à émettre des offres ou des demandes d'indemnité, bien mieux même si les certificats médicaux qu'ils ont fournis ne sont pas contradictoires, ou en l'absence de tout certificat. C'est là une mesure d'instruction avant toute contestation, alors qu'il n'y en aura peut-être jamais, et qui déroge au droit commun des enquêtes (art. 34 et 252 du C. proc. civ.).

Chaque fois qu'il y a possibilité d'une incapacité définitive et par suite d'une demande de rente viagère, eu égard à l'importance de cette indemnité pour les ayants droit, le législateur n'a pas craint d'ordonner d'emblée une procédure aussi complexe que l'enquête. Il a voulu que tous les renseignements de nature à permettre aux juges d'apprécier les faits de la cause, fussent fixés aussi rapidement que possible. Plus l'on tarderait, plus les droits de la victime pourraient être difficiles à prouver, car les témoins peuvent disparaître et surtout, après un cer-

1. SACHET, *Traité de la législation sur les accidents du travail*, éd., 1904, n^{os} 1009 et s.

tain temps et sous des influences diverses, leurs déclarations peuvent être moins exactes ou moins sincères.

Au lieu d'être ordonnée à la requête des parties, comme l'ancien examen à futur ou comme l'enquête incidente, cette enquête est faite d'office par le juge de paix. Il serait incompétent pour refuser d'y procéder à raison de ce que l'accident serait étranger au travail, ou que l'industrie ne serait pas assujettie à la loi (1). Cette mesure d'instruction lui est imposée par le législateur et elle ne peut établir de présomption pour ou contre le succès d'une demande en indemnité viagère.

Le juge de paix dirigeant la procédure, il cite les témoins qui sont tenus de comparaître sous les peines ordinaires (art. 263 C. proc. c.) et il convoque les parties : la victime et le chef de l'entreprise ou leurs représentants. Si la victime ne peut se déplacer, le magistrat cantonal devra se rendre auprès d'elle pour entendre ses explications (art. 13) et même procéder à l'audition des témoins en sa présence, s'il n'est pas nécessaire d'y procéder sur les lieux de l'accident. La procédure est essentiellement contradictoire : les parties peuvent prendre la parole pour défendre leurs intérêts et indiquer les ques-

1. Requêtes, 9 novembre 1903, *Gazette du Palais*, 30 novembre 1903.

tions qu'elles désirent voir poser aux témoins. Les règles de forme à observer sont celles que les articles 35 à 39 du Code de procédure prescrivent pour les enquêtes ordinaires en justice de paix. Les témoins seront entendus sur les circonstances de fait qui sont de nature à déterminer les causes, les conséquences de l'accident, et qui sont énumérées à l'article 12 de la loi sous forme de questionnaire.

Les résultats de cette instruction à futur sont consignés dans un procès-verbal d'enquête ordinaire. Les parties sont averties du moment où elles peuvent en prendre connaissance au greffe et s'en procurer une expédition (art. 13). Ce document est pour chacune d'elle une preuve préconstituée. Elle servira de fondement aux prétentions respectives que le président du tribunal civil essayera de concilier. Si celui-ci n'y parvient pas, l'instance sera engagée devant le tribunal civil et le procès-verbal versé aux débats sera pour les juges une instruction préexistante, qu'ils pourront estimer définitive. à l'opposé de l'ancien examen à futur, et sur laquelle ils fonderont leur décision. Si cependant, ils ne s'estiment pas suffisamment éclairés pour statuer sur les conclusions contraires, ils pourront ordonner une enquête ordinaire, soit d'office, soit à la demande des parties. Ils auront la faculté de faire appeler de nouveaux témoins, comme aussi d'ordonner une nouvelle audition de ceux qui ont déjà été entendus, et entre les

affirmations contradictoires d'une même personne, ils seront libres de préférer celles de la première heure.

Contradictoire et s'imposant au juge de paix dans des circonstances et pour des faits prévus par la loi, cette mesure d'instruction avant contestation en cause ne permet pas de faire fraude aux règles restrictives de la preuve testimoniale, et elle réserve complètement les droits des parties et l'initiative des magistrats appelés à statuer.

**Application pratique des procédures d'enquêtes
à futur que pouvaient recevoir dans notre Droit.**

Est-il désirable que le législateur institue en d'autres matières de pareilles enquêtes à futur ?

Il faut les écarter, nous l'avons vu, dans tous les cas où la preuve par témoins par application des articles 1341 et suivants du Code civil, ne peut être reçue qu'après examen de sa légalité, c'est-à-dire dans le domaine des actes juridiques. Du reste, généralement, il ne tient qu'aux parties de s'assurer de ces faits une preuve écrite leur donnant toute sécurité et de conservation facile. Le législateur n'a pas à se montrer plus prévoyant que les intéressés.

Dans les questions qui concernent l'état des personnes, l'article 1341 du Code civil est inapplicable,

il s'agit moins de conventions que de faits qui sont par excellence des événements de nature. Mais des considérations d'ordre public ont fait en cette matière restreindre le rôle de la preuve orale (1). Il existe un seul cas où le témoignage soit admis sans réserve et où, par conséquent, la production en pourrait être autorisée d'office, c'est celui de l'article 325 du Code civil :

Lorsqu'une personne, inscrite à l'état civil sous de faux noms ou comme née de père ou de mère inconnus, cherche à établir ou établit en justice qu'elle est issue d'une femme mariée, le conjoint de celle-ci peut invoquer toutes les circonstances propres à établir qu'il n'en est pas le père. Pour écarter la présomption de l'article 312, le mari sera librement admis à faire entendre des témoins.

Mais l'enfant qui se sait suspect peut différer à son gré son action en recherche de maternité jusqu'à ce que ces témoins aient disparu. Afin d'éviter que le mari ne soit pour la production de ses preuves à sa discrétion, la jurisprudence a permis à ce dernier d'exercer une action en désaveu avant toute réclamation de filiation (2).

Cette solution a été à bon droit critiquée par

1. Art. 194, 320, 341. PLANIOL I, 1^{re} édit., n^{os} 757 et s.

2. Cassation, 14 février 1854, D. P. 54.1.89 — S. 54.1.225. Cassation, 9 mai 1864, D. P. 64.1.409 — S. 64.1.305.

MM. Planiol et Laurent (1) : l'enfant qui garde le silence n'a dans cette hypothèse ni titre ni possession d'état établissant sa filiation à l'égard de la femme, il ne peut y avoir de présomption de paternité applicable au mari, et que celui-ci ait à détruire ; il n'a rien à désavouer, et l'action que la jurisprudence lui accorde est improprement appelée désaveu, c'est l'action de l'article 325 avec cette différence qu'il y est admis comme demandeur. Dans ce système, c'est le mari qui doit commencer par établir un état à l'enfant pour le détruire ensuite. Mais a-t-il le droit d'agir contre une personne qui ne réclamera jamais rien peut-être ? On saurait d'autant moins établir ici une règle si exorbitante du droit commun, que deux principes de la matière s'opposent à l'initiative du mari : aux termes des articles 323, 325 et 328 du Code civil, l'enfant naturel peut seul rechercher sa filiation maternelle ; une action ne peut avoir pour objet une déclaration de filiation adultérine, si ce n'est à titre exceptionnel dans le cas de désaveu proprement dit (art. 342 du Code civil).

Le seul moyen, qui puisse, sans violer ces règles essentielles, être accordé au mari pour lui permettre de fournir ses preuves avant leur disparition possi-

1. PLANIOL, t. I, 1^{re} édit., n° 2202 à 2203. — LAURENT, t. III, n° 431 et s.

ble, c'est une enquête à futur. Il serait autorisé à recueillir par avance des témoignages sur les circonstances de la conception ou de la naissance de l'enfant, de nature à justifier un rejet de paternité au cas où cet enfant établirait un jour qu'il est né de son épouse.

Les faits purs et simples dont les résultats directs sont purement matériels, ne sont que par accident l'origine de rapports juridiques, aussi comme on ne peut reprocher aux intéressés de ne pas s'en être réservé une preuve préconstituée, ils sont admis sans restriction à établir ces faits par témoins. Ce moyen de preuve étant à coup sûr légal dans ce domaine, le législateur peut en organiser l'administration à futur.

Il a récemment créé une enquête à futur pour les accidents du travail. Il instituerait utilement des procédures analogues pour constater les circonstances dans lesquelles s'est produit un accident quelconque, qu'il s'agisse des sinistres de l'automobilisme, ou des hypothèses à propos desquelles Jousse regrettait l'ancien examen à futur : détériorations de marchandises, perte d'un animal loué. En matière réelle pareille mesure de précaution trouverait des applications. Qui ne verrait l'avantage avant contestation en cause d'une audition de témoins encore présents sur des faits déjà anciens : point de départ d'une possession ou de l'exercice d'une servitude, constructions ou

plantations sur le terrain d'autrui ! Une enquête d'urgence permettrait de recueillir rapidement la preuve d'un état de lieux qui vient d'être modifié, de faire préciser les avantages dont jouit un propriétaire sur les eaux de son domaine, lorsqu'il craint les conséquences de fouilles voisines, comme le demandaient en 1844 les expropriés de la ville de Besançon.

IV. — Législation allemande.

L'examen à futur du droit canon s'était perpétué dans les différents états de l'Allemagne avec des modifications diverses. Le Code de procédure de 1877 en a établi une réglementation uniforme ; ses dispositions sont passées dans le nouveau Code de 1898 qui y a ajouté un nouvel article. Elles font l'objet du onzième titre intitulé : *Conservation de la preuve*.

L'article 485 (ancien 447) pose le principe. « Il peut être procédé à des vues de lieux, ainsi qu'à des auditions de témoins ou d'experts, dans le but de conserver la preuve, s'il y a lieu de craindre qu'un de ces moyens de preuve ne vienne à faire défaut ou que l'usage n'en soit rendu plus difficile. » Cette unique condition n'est même pas exigée quand les parties sont d'accord (art. 489, anc. 450) ou que l'instruction à futur doit porter sur les vices d'une chose qui a fait l'objet d'un contrat de vente ou de travail (art. 488 innovation du Code de 1898).

Si le procès n'est pas engagé, le tribunal du bailage est compétent, au cas contraire c'est le tribunal saisi du fond, sauf s'il y a péril en la demeure la faculté pour l'intéressé de s'adresser à son choix à l'une ou à l'autre de ces juridictions (art. 486, anc. 448).

« La demande doit contenir : 1° la désignation de la partie adverse ; 2° celle des faits sur lesquels doit porter la preuve ; 3° celle des moyens de preuve et les noms des témoins et des experts dont on requiert l'audition ; 4° l'exposé du motif pour lequel il y a lieu de craindre que le moyen de preuve ne vienne à faire défaut, ou que l'usage n'en soit rendu plus difficile. Ce motif doit être vraisemblable » (art. 487, anc. 449). Le tribunal appréciera. Il est à remarquer que le requérant n'est tenu à justifier ni de l'éventualité d'un procès futur, ni de l'intérêt que les faits articulés peuvent présenter pour lui. Si la partie qui poursuit la preuve n'est pas en état d'indiquer son adversaire avenir, le tribunal ne peut accueillir sa demande qu'en nommant à l'adversaire inconnu un « représentant avec mission de sauvegarder ses droits lors de l'administration de la preuve (art. 494, anc. 455).

« Il peut être statué sur la demande sans débat oral préalable. Le décret qui l'accueille doit indiquer les faits sur lesquels portera la preuve et les moyens de preuve, ainsi que les noms des témoins et des

experts à entendre. Ce décret n'est susceptible d'aucune voie de recours » (art. 490, anc. 451).

La partie qui poursuit la conservation de ses preuves doit en temps utile signifier ce décret à la partie adverse et lui donner assignation au jour fixé pour l'instruction (art. 491, anc. 452).

« Il est procédé à l'administration de la preuve d'après les dispositions générales au moyen de preuve employé. »

« Le procès-verbal est disposé au tribunal qui a ordonné la preuve » (art. 492, anc. 453).

Celui qui l'a obtenu n'a à craindre aucune déchéance quelque retard qu'il mette à faire valoir ses prétentions.

« Chacune des parties a le droit de se servir au cours du procès des pièces relatives à la preuve » (art. 493, anc. 453, 1^{re} alinéa). Celles-ci ont à l'égard des plaideurs la même valeur que si elles consignaient les résultats d'une instruction faite au cours du procès. Toutefois si le défendeur à « la conservation de la preuve » n'a pas comparu à cette procédure par la faute du demandeur qui ne l'avait pas assigné ou ne l'avait pas fait assez à l'avance, le procès-verbal ne lui est pas opposable (art. 493 2^e). Aux termes de l'article 283 (art. 256) « les parties peuvent encore faire valoir au moment du procès des exceptions contre l'examen à futur » soit concernant la légalité de son admission, soit dérivant des règles particulières à

chaque mode de preuve : récusation, reproches, etc.

Le tribunal saisi de la contestation peut à son gré tenir pour définitive ou seulement provisoire l'administration des preuves à laquelle il y a déjà été procédé, car il a la faculté d'ordonner que les témoins seront entendus à nouveau soit sur les mêmes questions soit sur de nouvelles (art. 144 anc. 135).

En résumé il existe dans la procédure de l'empire allemand une mesure d'instruction permise en toute matière à titre principal. Elle comprend concurremment des vues de lieux, des auditions de témoins et d'experts. Son admission dépend exclusivement de l'intérêt de la conservation des preuves, elle est étrangère à toute considération touchant la contestation possible. Le droit de contradiction y ait jalousement ménagé. Il peut y avoir jusqu'à trois débats au cours desquels le défendeur à la preuve pourra faire valoir ses exceptions contre l'examen à futur et il pourra lui dénier toute valeur s'il n'a été appelé à y prendre part dans des délais suffisants. Enfin les juges ont toute latitude pour s'en tenir aux preuves fournies antérieurement, ou en ordonner la production à nouveau, ou en requérir d'autres.

V. — CONCLUSION

Ainsi, la matière des accidents du travail mise à part, en l'état actuel de nos textes l'on doit proscrire toute pratique d'enquête ordonnée à titre principal avant contestation en cause.

En France comme en Allemagne une disposition formelle de la loi est nécessaire pour que les magistrats puissent ménager des preuves aux parties en vue d'un litige.

Le Code de nos voisins permet aux particuliers d'obtenir des enquêtes à futur sous la seule condition de justifier du danger que court leur preuve et c'est là une procédure d'application générale. Cette institution n'a pas l'inconvénient que l'examen à futur présentait en France depuis l'ordonnance de Moulins, car, l'admissibilité du témoignage ne souffrant en Allemagne aucune restriction (1), sa mise

1. LEDERLIN, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1885 p. 511.

en œuvre à futur ne peut donner lieu à aucune fraude.

Au contraire, ce moyen de preuve a été chez nous à peu près exclu du domaine des actes juridiques, et pour qu'il ne soit pas possible de battre en brèche les dispositions des articles 1341 et suivants du Code civil, il faut que de droit commun toute admission d'enquête soit précédée d'un débat sur la légalité de la preuve. Un tel examen préalable à une mesure d'instruction *in futurum*, aurait une répercussion sur le résultat même du procès éventuel et à ce titre doit être compris dans l'interdiction de l'exercice des actions à futur. Ce motif fait obstacle à l'admission générale d'enquêtes faites avant contestation en cause.

Mais rien n'empêche nos législateurs de prescrire une audition de témoins d'urgence pour les circonstances où la conservation des preuves leur paraît devoir être plus particulièrement à désirer. Il ne tient qu'à eux d'assurer le respect des articles 1341 et suivants en déterminant l'hypothèse où il sera procédé à l'enquête et les faits sur lesquels elle devra porter. L'admission de ces faits en preuve serait alors de droit, elle n'exigerait ni dénégation de la partie adverse, ni appréciation de leur valeur par le magistrat, le fond ne serait pas préjugé et les limites dans lesquelles cette mesure d'instruction serait ainsi enserrée constitueraient la plus sûre garantie qu'il ne s'en serait pas abusé.

Le projet de Code de procédure de 1898 est muet

sur cette question. Nous croyons cependant désirable que le législateur constitue pour les hypothèses que nous avons indiquées des enquêtes à futur analogues à celle déjà existante en matière d'accidents du travail, c'est-à-dire avec une réglementation spéciale et appropriée à chaque hypothèse.

De telles procédures exceptionnelles veilleraient dans la mesure de l'utile à cet intérêt de la conservation des preuves dont se prévalent les partisans de l'ancien examen à futur ; mais, à l'opposé de ce dernier, elles seraient contradictoires, ne prêteraient point à un usage abusif et enfin ne seraient pas incompatibles avec notre régime des preuves.

Vu : le Doyen,
LYON-CAEN

Vu : le Président de la thèse
AMBROISE COLIN

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
L. LIARD

VI. — BIBLIOGRAPHIE

- AUBRY ET RAU. — Cours de droit civil français, 4^{me} édit., 1869.
- BELLOT DES MINIÈRES. — Le contrat de mariage, 1855.
- BERTIN. — Ordonnances de référé, 1875. Ordonnances sur requête, 1874.
- BIOCHE. — Dictionnaire de procédure civile et commerciale, 1839.
- BOITARD. — Leçons de procédure civile continuées par Colmet-Daage et Glasson, 15^{me} édit., 1890.
- BONCENNE. — Procédure civile, 1839.
- BONNIER. — Traité théorique et pratique des preuves, 5^e édit.
- BORNIER. — Conférences des ordonnances de Louis XIV, 1744 et 1757.
- CARRÉ ET CHAUVEAU. — Les lois de la procédure civile, 1848. Code de procédure civile pour l'empire d'Allemagne de 1898 édit. 1904. Munich.
- DANTY. — Traité de la preuve par témoins avec commentaire de Boiceau, 1769.
- DE BELLEYME. — Ordonnances sur requêtes et sur référés, 1844.
- DEMOLOMBE. — Cours de code civil, 1845.
- DESPEISSE. — OEuvres, 1750.
- DUTRUC. — Supplément à Carré et Chauveau, 5^e édition.
- FERRIÈRE. — Dictionnaire de droit et de pratique, 1779.
- GLASSON ET DARESTE. — Code de procédure civile pour l'empire d'Allemagne de 1877 édit. 1887.

- GLASSON. — Précis théorique et pratique de procédure civile, 1902.
- GUILLOUARD. — Traité du contrat de mariage, 1888.
- IMBERT. — Pratique judiciaire, 1665.
- JOUSSE. — Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667 édit. 1767. — Traité de la justice criminelle en France, 1771,
- LANGE. — Nouvelle pratique, 1755.
- LAURENT. — Principes de droit civil, 1878.
- MASUER. — Pratique mise en français par Fontanon, 1606.
- MERLIN. — Répertoire de jurisprudence, 1826.
- PIGEAU. — Commentaire sur le Code de procédure civile, 1827.
- PLANIOL. — Cours élémentaire de droit civil, 2^e édition.
- POTHIER. — Traité des obligations.
- Revue critique de législation et de jurisprudence :
1888. ERNEST VALABRÈGUE. — De la loi Diffamari et de l'action de jactance en droit romain et en droit français. — De l'enquête et de l'expertise *in futurum*.
1885. LEDERLIN. — Notice sur le Code de procédure civile de l'empire d'Allemagne.
- RODIÈRE. — Cours de compétence et de procédure en matière civile, 1867.
- RODIÈRE ET PONT. — Traité du contrat de mariage, 1868.
- ROLLAND DE VILLARGUES. — Répertoire de la jurisprudence du notariat, 1845.
- SACHET. — Traité de la législation des accidents du travail, 1904.
- TOULLIER. — Le Droit civil français suivant l'ordre du Code, 1830.
- TROPLONG. — Du contrat de mariage, 1850.
- ZACHARIÆ. — Étude sur le droit civil français, édit. Massé et Vergé.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
I. — Introduction	5
De l'intérêt qu'il y a à conserver la preuve de ses droits. De la fragilité de la preuve orale et des moyens d'y remédier.	5
II. — Historique	12
Droit romain.	12
Ancien droit.	16
Ordonnance de 1667.	32
III. — Droit actuel	44
Silence de nos codes	44
Utilité théorique de l'enquête à futur: Non exer- cice des actions au fond à futur. Aucun moyen extrajudiciaire de préserver la preuve par témoins	46
Arguments en faveur des enquêtes à futur. Me- sures conservatoires. Demande de titre nouvel. Interrogatoire sur faits et articles avant con- testation en cause. Vérification d'écritures prin- cipale. Faux civil principal	56
Réfutation de ces arguments	64
Nos institutions judiciaires ne se prêtent pas à une procédure d'enquêtes à futur. Ancienne procédure. Nouvelle procédure proposée	70

Argument tiré de l'admission par la jurisprudence d'expertises à futur. Réfutation.	79
Les procédures exceptionnelles des ordonnances sur référé et sur requête ne sont pas appli- cables aux enquêtes à futur	83
Cas exceptionnels d'enquêtes à futur. Exécution provisoire improprement appelée enquête à futur. Enquêtes d'urgence en matière d'ac- cidents du travail.	9
Application pratique que des procédures d'en- quêtes à futur pourraient recevoir dans no- tre droit : actes juridiques, état des person- nes, circonstances et états de fait	101
IV. — Législation allemande	105
V. — Conclusion.	109
VI. — Bibliographie	112

